System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation

Herausgegeben von
YUANSHI BU

*Schriften zum
Ostasiatischen Privatrecht
10*

Mohr Siebeck

Schriften zum Ostasiatischen Privatrecht

herausgegeben von

Moritz Bälz, Yuanshi Bu und Knut Benjamin Pißler

10



System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation

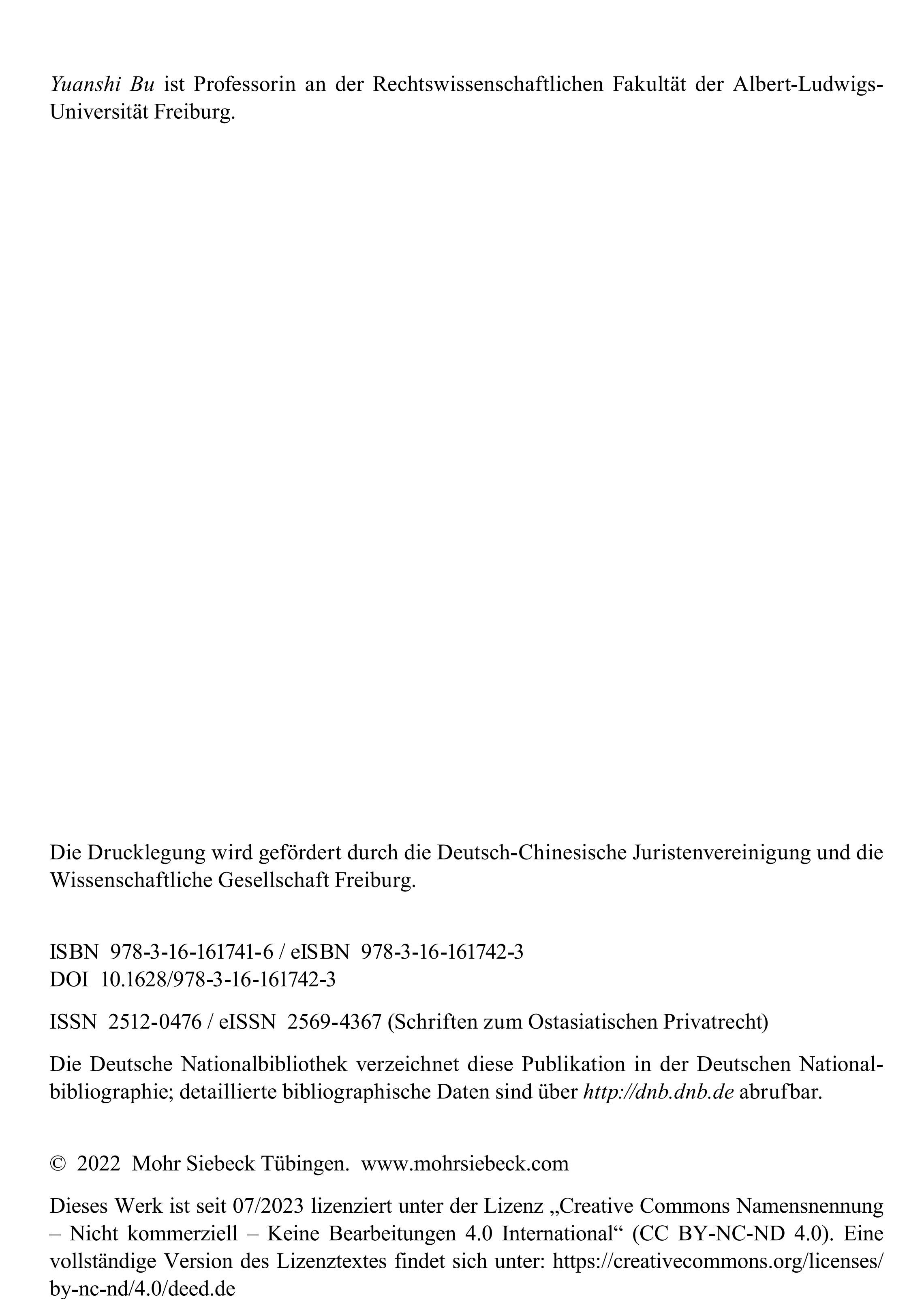
Europäische und ostasiatische Perspektive

Herausgegeben von

Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

Yuanshi Bu ist Professorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.



Die Drucklegung wird gefördert durch die Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung und die Wissenschaftliche Gesellschaft Freiburg.

ISBN 978-3-16-161741-6 / eISBN 978-3-16-161742-3
DOI 10.1628/978-3-16-161742-3

ISSN 2512-0476 / eISSN 2569-4367 (Schriften zum Ostasiatischen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Gibt es eine ideale Struktur bei einer Gesamtkodifikation des Zivilrechts? Kann die Leistungsfähigkeit der Gliederung von Zivilgesetzbüchern überhaupt beurteilt werden? Wenn ja, nach welchen Kriterien? Inwiefern soll man das Sonderprivatrecht ins Zivilgesetzbuch eingliedern? Wie wirkt sich die gesetzliche Systematik eines Zivilgesetzbuches auf die Rechtsfindung, Rechtsdogmatik und Rechtsausbildung aus? Es sind Fragen, die sich sowohl bei der neuen chinesischen Zivilrechtskodifikation als auch bei der jüngsten Teilreform des japanischen Zivilgesetzbuches gestellt haben. Beide Gesetzbücher waren im Entstehungsprozess von den europäischen kodifikatorischen Vorbildern, vor allem dem deutschen BGB, stark beeinflusst. Es verwundert daher nicht, dass sie dem Pandektensystem gefolgt sind. Während das fünfteilige japanische ZGB bei der Schuldrechtsreform an der bisherigen Struktur festhält, versteht sich das chinesische ZGB mit seinem siebenteiligen Aufbau nicht als ein völlig neuer Ansatz, sondern als eine Weiterentwicklung der pandektistischen Kodifikationen.

Diese systematischen Anordnungen der Rechtsmaterien in China und Japan sind nicht frei von Kritik. Dem Aufbau der Zivilgesetzbücher wird anscheinend in Ostasien, zumindest im akademischen Kreis, ein hoher Stellenwert beigemessen. Es wurde nicht selten um die richtige systematische Verortung der Rechtsinstitute im Kodifikationsprozess gerungen. Die Suche nach einer optimalen Struktur führt auch zu kodifikatorischen Alternativentwürfen. Dabei werden herkömmliche tragende Konzepte des Zivilrechts, wie die Trennung von Sachen- und Schuldrecht und der *numerus clausus* dinglicher Rechte, in ein kritisches Licht gerückt. Vor dem Hintergrund der kontinental-europäischen Prägung der Zivilgesetzbücher Chinas und Japans erscheint es besonders fruchtbar, dass ostasiatische und europäische Zivilisten in ein gemeinsames Gespräch treten und sich mit diesen Fragen näher auseinandersetzen. Aus dieser Überlegung wurde am 13./14.1.2022 von der Freiburger Professur für Ostasienrecht und der Nanjing University Law School gemeinsam eine Online-Tagung veranstaltet, aus der der vorliegende Band hervorgegangen ist. Besonders erfreulich waren die offenen und hitzigen Debatten, die in der zusammengefassten Form ebenfalls am Schluss des Bandes wiedergegeben werden.

Allen Referenten und Diskutanten danke ich herzlich für die aufschlussreichen Beiträge, Prof. Dr. *Sebastian Lohsse* und Prof. Dr. *Hongliang Wang* für die Moderation bei der Veranstaltung. Besonderer Dank gilt sämtlichen Übersetzern, die unter großem Zeitdruck die Beiträge sorgfältig übersetzt haben und somit den fachlichen Austausch trotz der Sprachbarriere erst ermöglicht haben. Für den vorliegenden Band hat Herr Prof. Dr. *Feng Jieyu* einen wertvollen Beitrag bei der Übersetzung

geleistet. Zu danken ist ferner Herrn *Yang Yang* von der Nanjing Universität und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Professur für Ostasienrecht für die Vorbereitung der Tagung und die Betreuung der Beiträge: *Yang-Hun Chung*, *Sebastian Krieger*, *Anne Sophie Ortmanns*, *Maja Ruhl*, *Johann Wigger* und *Dagmar Zeblin*.

Zudem danke ich Herrn *Johann Wigger* für die sorgfältige redaktionelle Überarbeitung des gesamten Manuskripts. Zu Dank verpflichtet bin ich schließlich Prof. Dr. *Xie Gen*, Prof. Dr. *Ye Jinqiang*, Prof. Dr. *Zhu Qingyu*, die diese Tagung mitorganisiert haben, den beiden Mitherausgebern der Schriftenreihe Herr Prof. Dr. *Moritz Bälz*, LL.M. (Harvard) und Herr Prof. Dr. *Knut Benjamin Pißler*, M.A. für die zügige Durchsicht des Manuskripts sowie Frau Dr. *Julia Caroline Scherpe-Blessing*, LL.M. (Cantab.) für die stetige, sehr angenehme Zusammenarbeit, hervorragende Betreuung des Manuskripts und tatkräftige Unterstützung dieses Projekts. Bedanken möchte ich mich auch bei der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung und der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg für die großzügige Druckkostenbeihilfe bzw. Onlineveröffentlichung. Meinen Dank möchte ich auch der Adolf-Haeuser-Stiftung aussprechen für ihre weitere Unterstützung bei der Onlinefassung.

Freiburg i. Br., im Juni 2022 Yuanshi Bu

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGZ	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts
ALJ	Austrian Law Journal
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APLR	Asia Pacific Law Reviw
AT ZGB	Allgemeiner Teil des Zivilgesetzbuchs
ATZR	Allgemeiner Teil des Zivilrechts
BBl	Schweizer Bundesblatt
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten der Schweiz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der BRD
BGBl.	Bundesgesetzblatt der BRD
C. c.	Code civil
CH-ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
CH-ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
chinZGB	Zivilgesetzbuch der VR China
c. i. c.	Culpa in contrahendo
CZGB	Zivilgesetzbuch der VR China
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche der BRD
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FS	Festschrift
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
HGB	Handelsgesetzbuch der BRD
japanZGB	Japanisches Zivilgesetzbuch
JBl	Juristische Blätter
JZ	JuristenZeitung
JZGB	Japanisches Zivilgesetzbuch
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit der Schweiz
Nieuw BW	Neues niederländisches Zivilgesetzbuch
NVK	Nationaler Volkskongress
OGH	Oberster Gerichtshof Österreichs
OVG	Oberstes Volksgericht der VR China
OR	Schweizer Obligationenrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
sa	siehe auch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VR China	Volksrepublik China
VuR	Verbraucher und Recht
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZJapanR	Zeitschrift für Japanisches Recht

System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation: Einleitende Zusammenfassung der Beiträge

Yuanshi Bu

I. Fragestellungen

Bei der Entscheidung über die Gesamtkodifikation des Zivilrechts in einem Land stellen sich zuvörderst möglicherweise folgende Fragen: Ist es notwendig? Lohnt sich der Aufwand? Welche Bereiche sollen erfasst und nach welcher Reihenfolge gegliedert werden? Diese Fragen zu erforschen, soll die Aufgabe der sogenannten „Kodifikationslehre“ sein.[1] Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sollen die Leistungsfähigkeit einer kodifikatorischen Gliederung vermessen können und helfen, das Potential einer Nationalkodifikation möglichst auszuschöpfen. In jüngster Zeit erfolgt die Diskussion über die Strukturprobleme in Deutschland vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung[2] und in Ostasien im Zusammenhang mit dem chinesischen Zivilgesetzbuch (CZGB) und der japanischen Schuldrechtsreform. Während die Aktualität der Aufbaufrage in Europa inzwischen abgeflacht ist, scheint sie in Ostasien noch hoch präsent zu sein. Ein Grund könnte darin bestehen, dass die sys-

[1] *Su Yeong-Chin*, in diesem Band, 16; Aus Sicht von *Zhu Qingyu* folgt die Normensetzung des BGB der pandektistischen Lehre, weshalb eine Kodifikationslehre nicht nötig war.

[2] *Boente*, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht: Zur Gliederung des Rechtsstoffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013; *Münch*, Strukturprobleme der Kodifikation, in: Behrends/Sellert (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, 147 ff.

tematische Anordnung des Rechtsstoffes bei einer Nationalkodifikation in einer durch gemischte Rezeptionen geprägten Rechtsordnung wie der chinesischen und japanischen mit der einer supranationalen Kodifikation durchaus vergleichbar ist.[3]

Die chinesische Zivilrechtskodifikation wurde im Mai 2020 nach langem Ringen und mehreren Fehlversuchen schlussendlich erwartungsgemäß verabschiedet. Äußerlich unterscheidet sich das siebenteilige CZGB mit getrennten Büchern zum Vertrags- und Deliktsrecht und einem unabhängigen Buch zum Persönlichkeitsrecht von seinen europäischen Vorbildern. Unabhängig davon, welche Faktoren diese Struktur im Zusammenspiel zustande gebracht haben, ist das CZGB nach den Narrativen der Kodifikatoren eine gelungene Kodifikation. Es knüpft an die bewusste Trennung zwischen Vertrags- und Deliktsrechts im chinesischen Recht seit den 1980er-Jahren an, weicht aber auch nicht wesentlich vom Pandektensystem ab, welches sich das chinesische Zivilrecht zu eigen gemacht hat und zu dem sich der chinesische Gesetzgeber auch offiziell bekannte.[4] Fernerhin stellt sich China mit der Innovationskraft dieser Neukonzeption in der Außendarstellung in ein positives Licht. Allerdings wird diese Sichtweise im akademischen Kreis mit Zwiespalt betrachtet.

Daher scheint die Diskussion über den Aufbau des CZGB mit dessen Verabschiedung noch kein Ende gefunden zu haben, es wurde sogar aktiv nach konstruktiven Alternativmodellen gesucht. Dabei wird offenbar erwägt, die überkommene pandektistische Trennung von Sachen- und Schuldrecht aufzulösen und mit einem Vermögensrecht als Mittelpunkt den Stoff des Privatrechts neu zu ordnen. Dies gibt Anlass zu einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung über den Sinn und Zweck sowie die technische Umsetzung einer Gesamtkodifikation. Dazu haben die Autoren des vorliegenden Bandes ihre Thesen aufgestellt. Die Erkenntnisse sollen dazu dienen, die Grenzen und das Potential einer Nationalkodifikation auszuloten und darauf basierend ihre Mängel und Schwächen auszugleichen.

In diesem Band wird eine große Bandbreite von Themen angesprochen, die miteinander eng verknüpft sind und der Übersichtlichkeit halber in dieser kurzen Einleitung in drei Bereiche aufgeteilt werden.

---

[3] Dies zeigt sich sogar bei der Wahl der Terminologien. Die als fehlerhaft übersetzten fremden Begriffe wurden zur Wahrung der Konsistenz auch nicht korrigiert. Diese Problematik ist typisch für eine auf Rechtsrezeption beruhende Kodifikation. Hierzu: *Bu*, Chinese Civil Code – The General Part, 2019, Chap. 5 Rn. 5.

[4] Die Auffassung, das chinesische ZGB wegen vereinzelter Anleihen an anglo-amerikanische Rechtsfiguren dem Common Law zuzuordnen, wie *André Janssen*, in diesem Band, 88, erwähnt hat, wurde in China nie ernsthaft vertreten, soweit die Verfasserin es überblickt.

II. System als Ausgangspunkt

1. Systemdenken

Aus wissenschaftlicher Sicht liegt eine wichtige Funktion der Kodifikation in der Systematisierung der einschlägigen Rechtsmaterie.[5] Das „innere System" und das „äußere System" – inzwischen auch in der chinesischen Zivilrechtslehre ein geläufiges Begriffspaar – können in die systematische Ordnung und die kodifikatorische Anordnung übersetzt werden. Das Systemdenken findet sich allein aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips universal in jeder Rechtsordnung.[6] Wenn man den Systemgedanken sehr ernst nimmt, so wie ein Teil der chinesischen Rechtswissenschaftler es mit Hinweis auf *Savignys* bekannte Streitschrift tat, war die Zeit längst noch nicht reif für die Schaffung eines Zivilgesetzbuches in China, da zahlreiche Systemfragen des Zivilrechts noch längst nicht geklärt seien.[7] Mit einer verfrühten Kodifikation werde vielmehr eine Chance vertan.

Dabei wird übersehen, dass es weder ein vollkommen widerspruchsfreies materielles System noch ein vollkommenes formelles Kodifikationssystem geben kann.[8] Die Gründe dafür sind mannigfaltig: Zufälle, wirtschaftliche Bedürfnisse, politische Sachzwänge, wandelnde Gerechtigkeitsvorstellung und Widerstand aus dem Juristenstand, nur um einige von den Autoren dieses Bandes genannte Beispiele zu wiederholen. Eine umfassende Zivilrechtskodifikation ist oft Produkt der Kompromisse zwischen Kontinuität und Wandel. Die Siebenteilung des CZGB ergibt sich einerseits aus der stufenweisen Kodifikation[9], andererseits aus der strategischen Überlegung, die Einhaltung des Zeitplans nicht durch allzu große Umstellung des bisher anerkannten Pandektensystems zu gefährden. Damit soll der Eigenwert der Gliederung eines Zivilgesetzbuches natürlich nicht in Abrede gestellt werden, welche durchaus die Rechtsanwendung und dogmatische Arbeit bis hin zu Didaktik mitbestimmt. Aus diesem Grund ist die Anordnung des Rechtsstoffes wohl einem Vergleich hinsichtlich der Leistungsfähigkeit zugänglich.

Das Gliederungsmittel des CZGB ist nach einer Ansicht das Rechtsverhältnis, welches sich wiederum aus Subjekt, Objekt und Inhalt zusammensetzt.[10] Der Allgemeine Teil regelt die Grundelemente des Rechtsverhältnisses, während der Besondere Teil nach dem Inhalt des Rechtsverhältnisses, nämlich subjektiven Rechten aufge-

---

[5] *Koziol*, in diesem Band, 28; *Stürner*, in diesem Band, 57–59; *Xie Hongfei*, The External System Benefit of Civil Code and Its Expansion (民法典的外部体系效益及其扩张), Global Law Review (环球法律评论) 2018/2, 30 m.w.N.

[6] *Stürner*, in diesem Band, 58; *Koziol*, in diesem Band, 28.

[7] *Bu* (Fn. 3), Chap. 1 Rn. 8.

[8] In diesem Band: *Jung*, 136, bezeichnet es als Strukturdilemma; *Kern*, 156.

[9] *Yamamoto*, in diesem Band, 128.

[10] *Wang Liming* (王利明), Die Merkmale des Zeitalters und die Erstellungsschritte des Bürgerlichen Gesetzbuches (民法典的时代特征和编纂步骤), Tsinghua University Law Journal (清华法学) 2014/6, 16.

teilt ist. Dieses Gefüge des Gesetzbuches wird als ein Ausfluss der Pandektistik betrachtet.[11] Einer Ansicht nach verlangt eine vernünftige Gliederung einerseits die Selbständigkeit des durch ein Teilbuch abgedeckten Bereichs, so dass keine übermäßige Überschneidung zwischen den Teilbüchern entsteht, und andererseits die Einheitlichkeit der Abstraktionsebenen, was bei der Verselbständigung eines Wirtschaftsbereichs, wie z. B. dem Transportrecht im niederländischen Zivilgesetzbuch, nicht erfüllt ist.[12]

Angesichts der Wechselwirkung zwischen dem inneren und äußeren System spricht sich *Xue Jun* für den Aufbau eines wissenschaftlichen Systems des Zivilrechts aus, da die Systematisierung mit der Verabschiedung des ZGB noch nicht vollendet ist.[13] Auch für die europäische Privatrechtsvereinheitlichung wurde eine getrennte Betrachtung der Zukunft des wissenschaftlichen Allgemeinen Teils und des gesetzlichen Allgemeinen Teils gefordert.[14]

2. Adressat

Ein System wird konstruiert durch Grundbegriffe, die laienhaft oder professionell formuliert werden können. Während die Bildung des inneren Systems den Juristen überlassen wird, ist die Frage, wer der primäre Adressat eines äußeren Systems ist, scheinbar noch diskussionswürdig. Die Position des Gesetzgebers zu dieser Frage beeinflusst zunächst die Verwendung der Begriffe und Formulierungen der einzelnen Normen. Historisch gesehen wird gerade bei einer Zivilrechtskodifikation die sprachliche Zugänglichkeit für die Allgemeinheit erwartet. So ist der *Code civil* bekannt für seine Volkstümlichkeit. Die allgemeine Verständlichkeit wurde bei der japanischen Schuldrechtsreform als ein primäres Ziel angesetzt. In China wird der Zugang zum Recht bereits aus ideologischen Gründen stets hochgehalten.[15] Die beiden zentralen Begriffe des Zivilrechts – Schuldrecht und Sachenrecht – mussten erhebliche Vorbehalte in China überwinden, um Eingang ins Gesetz zu finden, weil sie nicht zum allgemeinen Sprachgebrauch gehören und linguistisch keine besonders gelungenen Wortschöpfungen sind.[16] Nichtsdestotrotz sind die Autoren dieses Bandes, die sich dazu geäußert haben, fast einig darin, dass es eine unrealistische und verfehlte Vorstellung ist, Laien als Adressaten eines Zivilgesetzbuches zu betrachten.[17] Die Ausrichtung auf Laien als Hauptleserschaft kann sogar kontraproduktiv

---

[11] *Wang Liming* (Fn. 10), 16.

[12] *Xie Hongfei* (Fn. 5), 37.

[13] *Xue Jun*, in diesem Band, 51.

[14] *Baldus/Dajczak*, Schlussbemerkungen, in: dies. (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Privatrechts, 2013, 213.

[15] Das Zivilgesetzbuch der DDR war für Laien ebenfalls verständlicher als das BGB, vgl. *Schröder*, Zivilrechtskultur der DDR, 2008, 76; *Münch* (Fn. 2), 159.

[16] Dazu vgl. *Bu*, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl., 2017, § 14 Rn. 6; *Bu* (Fn. 3), Chap. 17 Rn. 17.

[17] In diesem Band: *Kern*, 162; *Jung*, 135; *Xie Gen*, 235.

sein, denn die Ablehnung technischer Formulierungen kann zu Ungenauigkeit und gar Unverständlichkeit der Normen führen. Das CZGB vermeidet z.B. den Begriff der Legalzession mit einer Umschreibung, deren Sinn nur schwer zu erschließen ist.[18]

Ferner hat die Vorstellung über die hypothetische Zielgruppe ebenfalls Auswirkung auf den Inhalt und Aufbau des Gesetzbuches. Aus diesem Grund wurde die Überlebensfähigkeit des Modells des Allgemeinen Teils des deutschen BGB bei der Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts in Frage gestellt.[19] In China wurden zwar Zweifel an dem Nutzen des Allgemeinen Teils geäußert, jedoch hielt der Gesetzgeber daran fest.[20] Der neue Gliederungsansatz des von *Su Yeong-Chin* konzipierten „Großen ZGB" will sich gerade durch die leichtere Auffindbarkeit der Normen für Rechtsunterworfene legimitieren. Darauf, wie tragfähig dieser Ansatz ist, wird gleich noch eingegangen.

III. Struktur und pandektistische Einflüsse

1. Ansätze der Gliederung einer Zivilrechtskodifikation

Die Gliederung eines Zivilgesetzbuches beeinflusst die Rechtsfindung, inhaltliche Erneuerung und Systembildung.[21] Dies zeigt sich im CZGB beim Kreditsicherungsrecht, dessen Normen zersplittert und bezogen auf Hypothek und Pfandrecht bereits redundant sind.[22] Die systematische Anordnung des Rechtsstoffes wirkt auch in die juristische Ausbildung hinein. Es wurde für China die Befürchtung ausgesprochen, dass das Fehlen eines formalen Schuldrechts dazu führen wird, dass es ebenfalls aus dem Lehrplan des Jurastudiums verschwindet.[23] Eine Gegensteuerung ist möglich und auch nicht selten praktiziert, wird aber andere Probleme mit sich bringen. Beispielsweise wird von Spanien berichtet, dass der *Código civil* dem *Code civil*, die Juristenausbildung jedoch dem Pandektensystem folgt.[24] Diese strukturelle Diskre-

---

[18] § 519 II ZGB; 700 ZGB.

[19] *Ranieri*, Die deutsche Pandektistik: Europäischer Aufstieg und Niedergang eines Modells, in: Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815 bis 1945, 2009, 441.

[20] *Bu*, Das chinesische Zivilgesetzbuch: Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen, 2022, 13. Die in China angeführten Argumente gegen einen AT ZGB sind meistens Zitate aus deutscher Literatur. Zum Meinungsstand in Deutschland vgl. *Münch* (Fn. 2), 149 f.

[21] *Kern*, in diesem Band, 159 f.

[22] Dazu *Bu*, in: dies. (Hrsg.), Chinese Civil Code – The Specific Parts, Security Right (im Erscheinen).

[23] *Xue Jun*, in diesem Band, 44.

[24] *Rodríguez-Rosado*, Juristische Kommentare in Spanien, mit besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts, in: Kästle-Lamparter/Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 120.

panz zwischen Zivilrechtslehre und Kodifikation führt dort dazu, dass Studenten keinen starken Bezug zum Gesetzbuch haben,[25] was wiederum die Entwicklung der Rechtsdogmatik behindern kann. In diesem Sinne erscheint die Suche nach einem leistungsstärkeren Gliederungsansatz keineswegs als ein unwichtiger technischer Aspekt. Gerade die Gliederung des Rechtsstoffes weist noch größere Beharrungskraft auf, wie *Xue Jun* zutreffend darauf hinweist, dass die Schaffung des Persönlichkeitsbuchs (dessen Sinn sei dahingestellt) nur dank des politisch geförderten Innovationsdrangs der Kodifikatoren überhaupt möglich war.[26]

Su Yeong-Chin hat vier Gesichtspunkte für die Bemessung der Leistungsfähigkeit von Zivilgesetzbüchern aufgestellt – Rechtsfindung, Rechtsspeicherung, Arbeitsteilung zwischen Sondergesetzen und dem Zivilgesetzbuch und Rechtsausbildung. Zur Einteilung der Materie bei einer Zivilrechtskodifikation stellt *Zhu Qingyu* fest, dass grundsätzlich zwei Ansätze – ein technischer und ein funktioneller – vorhanden sind, wobei beim ersten Ansatz zwischen der Orientierung nach dem Tatbestand und der nach der Rechtsfolge unterschieden werden kann.[27] *Peter Jung* macht auf den systematischen Bruch im Pandektensystem aufmerksam, nämlich dass das Schuld- und Sachenrecht rechtssystematisch orientiert und das Familien- und Erbrecht sachverhaltsorientiert gegliedert sind.[28] Trotz der Vielfalt der Kombinationsmöglichkeiten stellen das Pandekten- und das Institutionensystem nach *Zhu Qingyu* die zwei Grundmodelle dar. Für *Rolf Stürner* wirkt die Gliederung des *Code civil* im Livre III, „etwas gekünstelt und fehlgewichtet", und das Pandektensystem ist in dieser Hinsicht überlegen.[29]

Bei mehreren europäischen Autoren zeichnet sich jedoch die Tendenz ab, dass dem materiellen Recht mehr Bedeutung eingeräumt wird und der „richtigen" systematischen Position bzw. Gliederung der Rechtsinstitute eher eine sekundäre Rolle zukommt.[30] Der Ertrag einer Strukturreform vermag den Aufwand der Umstellung in der Rechtsanwendung und Didaktik nicht zu rechtfertigen.[31] Die japanische Teilreform wird daher als positiv bewertet, da der ursprüngliche Aufbau grundsätzlich unangetastet bleibt.[32] Nach *Peter Jung* hat jede systematische Anordnung Vor- und Nachteile, manche Rechtsmaterien können auch nicht eindeutig zugeordnet wer-

---

[25] *Rodríguez-Rosado* (Fn. 24), 120.

[26] *Xue Jun*, in diesem Band, 48.

[27] *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 172 f.; Nach *Hondius*, AcP 1991, 385 ist das ZGB der DDR funktionell gegliedert. Gemeint ist nach *Bydlinski*, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, in: Heldrich et al. (Hrsg.), FS Canaris, 1020, dass sich „das äußere System des Rechts tatsächlich umfassend und bloß auf bestimmte Typen von realen Lebensverhältnissen (Sachverhaltstypen) ausrichtet.

[28] *Jung*, in diesem Band, 137.

[29] *Stürner*, in diesem Band, 69.

[30] *Kern*, in diesem Band, 168 f.

[31] *Jung*, in diesem Band, 148 ff.; *Kern*, in der Diskussion, 251.

[32] *Jung*, in diesem Band, 150.

den.[33] Schwächen eines gesetzlichen Systems eines Zivilgesetzbuches können nach *Christoph Kern*, der ebenfalls auf Nutzen und Probleme der Ausklammerungstechnik eingeht, durch juristische Schulung ausgeglichen werden.[34]

Hingegen hat der passende Abstrahierungsansatz anscheinend aufgrund der Ausstrahlungskraft der Pandektistik eine größere Rolle in der chinesischen Kodifikation und der japanischen Schuldrechtsreform gespielt. Die Zivilgesetzbücher beider Länder haben einen Allgemeinen Teil deutscher Prägung, in dem die Rechtsgeschäftslehre umfassend geregelt ist. Das japanische Zivilgesetzbuch geht mit dem „vor die Klammer-Ziehen" sogar einen Schritt weiter als das BGB und hat neben dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts einen eigenen Allgemeinen Teil im Vertragsrecht geschaffen. Die Perfektionierung der Ausklammerungstechnik verlangt nicht die Voranstellung möglichst vieler verallgemeinerungsfähiger Vorschriften im Allgemeinen Teil, da sonst Anpassungen in den Teilbüchern erforderlich sind, um den Unterschieden gerecht zu werden, wie *Zhu Qingyu* und *Keizo Yamamoto* festgestellt haben.[35] Aus Sicht von *Xue Jun* ist der AT ZGB daher noch „reiner" zu gestalten.[36]

Die Neubegründung des Rechtsstoffes im „Großen ZGB" lehnt sich einerseits an die Konzeption des niederländischen Zivilgesetzbuches an und behält die Ausklammerungsmethode des Pandektensystems bei. Dieser Versuch, die Abstrahierungstechnik des Pandektensystems mit der Struktur des Institutionensystems zu verbinden, führt mehrere Konflikte herbei, die u. a. auch in der Anwendung der Ausklammerungstechnik zum Ausdruck kommen. Die dreifache Aufteilung in AT-BT wird zur Überabstraktion der Normen und abgeschwächten Erstreckung der allgemeinen Normen auf die Bereiche der Teilbücher führen.[37] Diesem Bedenken tritt *Xie Gen* jedoch mit dem Argument entgegen, dass die Anwendbarkeit der Normen eines Allgemeinen Teils auf die Teilbereiche des Gesetzbuches ohnehin nicht immer gegeben ist.[38]

2. Allgemeiner Teil des Schuldrechts

Das chinesische ZGB kennt zwei getrennte Bücher zum Vertragsrecht und Deliktsrecht. Das materielle allgemeine Schuldrecht wird in den Allgemeinen Teil des Vertragsrechtsbuchs integriert. Es ist umstritten, ob ein materieller AT Schuldrecht von der Rechtswissenschaft zu konstruieren ist.[39] In Japan wurde intensiv diskutiert, ob und wie der Allgemeine Teil des Vertragsrechts ins allgemeine Schuldrecht integriert

---

[33] *Jung*, in diesem Band, 136.
[34] *Kern*, in diesem Band, 161.
[35] *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 206 f.; *Yamamoto*, in diesem Band, 118.
[36] *Xue Jun*, in diesem Band, 51.
[37] *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 205 ff.
[38] *Xie Gen*, in diesem Band, 235.
[39] *Ye Jinqiang*, in diesem Band, 98.

werden soll. Schlussendlich wurde die bisherige Struktur wegen des Widerstands aus der Praxis nicht geändert.

Es wurde in Japan in Erwägung gezogen, ein selbständiges Vertragsgesetzbuch zu schaffen. Die Existenzberechtigung des AT Schuldrecht wurde aber, anders als in China, nie bezweifelt.[40] Nach *Ye Jinqiang* sind Normen des allgemeinen Schuldrechts mit dem Entstehungsgrund der Schuld eng verknüpft, weshalb ein allgemeines Schuldrecht nicht unbedingt erforderlich ist.[41] Das Problem in China besteht momentan vielmehr in der Unsicherheit, zu erkennen, welche Normen zum materiellen allgemeinen Schuldrecht gehören, die auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse anwendbar sind.[42] Die Schwierigkeit der Rechtsfindung kann aber durch die Rechtsdogmatik und Auslegungen des OVG überwunden werden. Das durch den Verzicht auf einen Allgemeinen Teil gekennzeichnete Gliederungsprinzip des schweizerischen OR hat den „Vorteil erleichterter Zugänglichkeit und einer einfacheren Gesetzesstruktur".[43]

3. Verhältnis von Sachen- und Schuldrecht

a) Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit

Das „Große ZGB" lehnt die Trennung von Sachen- und Schuldrecht ab und ersetzt sie mit der Trennung zwischen gesetzlichen Verhältnissen und rechtsgeschäftlichen Verhältnissen. Ein von *Su Yeong-Chin* dafür genannter Grund liegt in der unklaren Abgrenzung zwischen Sachen- und Schuldrecht, was nach fast einhelliger Sicht der anderen Autoren aber eine unvermeidbare Kategorisierung jeder Art ist.[44] Mit dem Sachen- und Schuldrecht werden zwei grundlegende Rechtsbeziehungen auseinandergehalten. Solange keine alternative Bezeichnung verfügbar ist, ist das Festhalten an dieser Unterscheidung sinnvoll.[45] Der Trennungsgedanke ist nach *Rolf Stürner* nicht nur im kontinental-europäischen Rechtskreis, sondern durchaus auch in den *Common Law*-Rechtsordnungen vorhanden.[46]

Allerdings ist die „Diskussion um die Sinnhaftigkeit der Trennung zwischen dinglichen Rechten und relativen Rechten des Obligationenrechts" nicht neu. *Wolfgang Wiegand* hat sich das Schreckensbild einer Ablehnung dieser Trennung wieder vor Augen geführt: „Hand in Hand hiermit ging ein Beiseiteschieben des für den Charakter der Privatrechtsinstitute so wichtigen Unterschiedes zwischen den Sachen als den körperlichen und den Rechten als den unkörperlichen Vermögensgegenständen".[47]

---

[40] *Yamamoto*, in diesem Band, 121.
[41] *Ye Jinqiang*, in diesem Band, 99.
[42] *Bu* (Fn. 20), 19.
[43] *Jung*, in diesem Band, 145.
[44] In diesem Band: *Koziol*, 41; *Stürner*, 79; *Ye Jinqiang*, 100; *Xie Gen*, 234.
[45] *Ye Jinqiang*, in diesem Band, 100 f.
[46] *Stürner*, in diesem Band, 63 ff.
[47] *Wiegand*, in diesem Band, 225.

Christoph Kern hält es für die Rechtsdogmatik und interessengerechte Lösung praktischer Probleme aber für besser, das Sachenrecht in einem eigenen Buch zu erfassen.[48] Zudem wird diese Trennung auch bei einer Abschaffung „über das Kollisionsrecht gleichsam durch die Hintertür wieder präsent sein".[49]

Für *Zhu Qingyu* ist „gesetzlich – rechtsgeschäftlich" als ein Gliederungsmittel für ein Zivilgesetzbuch wenig tauglich, da die Inhalte nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können.[50]

Der Gedanke der Auflösung der Unterscheidung zwischen Sachen- und Schuldrecht findet Zuspruch bei *Helmut Koziol*, der die durch das allgemeine Güterrecht verwirklichte Zuordnungsfunktion auch bei Forderungsrechten für eine Stärke des ABGB hält.[51] Dazu kann man allerdings auch geteilter Meinung sein.[52]

b) Sachbegriff

Für die Trennung von Sachen- und Schuldrecht spielt auch der Sachbegriff eine Rolle. *Helmut Koziol* hebt die Vorzüge des breiten Sachbegriffs im ABGB hervor,[53] während *Zhu Qingyu* dies wiederum relativiert, da bei der Rechtsanwendung doch die Unterschiede zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen berücksichtigt werden müssen.[54] Für *Helmut Koziol* bringt ein breiter Sachbegriff auch didaktische Vorteile.[55] Auch dies könnte aber relativ sein, wenn in Lehrbüchern unabhängig von der Breite des Sachbegriffs bei der Darstellung der Übereignung auch die Zession erwähnt wird.

c) Numerus clausus dinglicher Rechte

Die Kritik von *Su Yeong-Chin* am Pandektensystem richtet sich vor allem gegen den *numerus clausus* dinglicher Rechte. Diese Beschränkung sei zu starr, um wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht zu werden. Der faktische Verzicht auf den *numerus clausus* in Taiwan habe in den letzten 13 Jahren nicht zu Verwerfungen geführt.[56]

---

48 *Kern*, in diesem Band, 168.

49 *Kern*, in der Diskussion, 245.

50 *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 211 f.

51 *Koziol*, in diesem Band, 38.

52 So bei *Bydlinski* (Fn. 28), 1028 f. Er sieht den Vorzug des Pandektensystems gegenüber dem Institutionensystem des ABGB u. a. darin, dass „im Institutionensystem (österreichische Prägung) unter der Kategorie Sachenrecht so heterogene Dinge wie das eigentliche „dingliche" Sachenrecht, das ganze Schuldrecht (unter der Bezeichnung „persönliche Sachenrechte") und sogar das Erbrecht (als Unterabteilung bei den dinglichen Sachenrechten) zusammengefasst werden. Die rechtlichen Unterschiede zwischen diesen Kategorien überwiegen die Gemeinsamkeiten (Vermögensrechte) bei weitem […]".

53 *Koziol*, in diesem Band, 37.

54 *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 201 ff.

55 *Koziol*, in diesem Band, 37.

56 *Su Yeong-Chin*, in der Diskussion, 239.

Für China spricht sich *Ye Jinqiang* ebenfalls für eine Abschwächung des *numerus clausus* aus, vor allem hinsichtlich der dinglichen Sicherheiten, und begrüßt die Anerkennung der Sicherungsübereignung durch das OVG.[57] *Rolf Stürner* und *Wolfgang Wiegand* weisen darauf hin,[58] dass die Starrheit des *numerus clausus* durch § 137 S. 2 BGB abgemildert werden kann und die Sicherheitsübereignung trotz des *numerus clausus* im BGB die wichtigste Form der Mobiliarsicherheiten in Deutschland ausmacht. Denn *numerus clausus* bedeutet nicht, dass die Zahl neuer Arten von dinglichen Rechten nicht durch eine Rechtsfortbildung erweitertet werden kann. *Numerus clausus* hält auch einer verfassungsrechtlichen Infragestellung stand, da diese Einschränkung verhältnismäßig ist.[59]

Auch der durch den Wegfall des *numerus clausus* zu erwartende Effizienzgewinn ist nach *Rolf Stürner* und *Christoph Kern* fraglich.[60] Vielmehr bewirkt die hinter dem *numerus clausus* stehende Typisierung eine Kostensenkung, da die Marktteilnehmer nicht jedes Mal den Inhalt des dinglichen Rechts ermitteln müssen. Typisierung als ein prägendes Prinzip für das Privatrecht ist auch im Schuldrecht, zu finden, insbesondere wenn vertragliche Forderungen mobilisiert werden; dies erklärt, weshalb in den Ländern des *Common Law* für die Verbriefung von Darlehensforderungen Formularverträge verwendet werden.[61]

Rolf Stürner, Christoph Kern und *Xie Gen* sehen alle die Grenze der Privatautonomie im Schutz der betroffen Dritten.[62] Eine grenzenlose freie Gestaltung dinglicher Rechte durch private Vereinbarung würde unbeteiligte Dritte im Rechtsverkehr mit dinglichen Rechten belasten. Zudem stimmt der allgemeine Wegfall des *numerus clausus* im „Großen ZGB" aus der Sicht von *Xie Gen* mit der Weitergeltung des *numerus clausus* für eintragungsfähige geistige Eigentumsrechte nicht überein.[63]

In der Tat sind die handfesten Probleme mit dem *numerus clausus* im CZGB nicht dessen Anerkennung, sondern wie im deutschen Recht,[64] die dogmatische Konstruktion der Sicherungsübereignung und -zession sowie die Einordnung des an sich unzulässigen aufgeteilten Eigentums im Falle des Eigentumsvorbehalts, Vorzugsrechts des Immobilienkäufers und nicht eingetragenen eintragungsfähigen Eigentums an Kraftfahrzeugen, Flugzeugen und Schiffen.

---

[57] *Ye Jinqiang*, in diesem Band, 102 f.
[58] *Stürner*, in diesem Band, 74 ff.; *Wiegand*, in diesem Band, 227.
[59] *Stürner*, in diesem Band, 82–83.
[60] In diesem Band: *Stürner*, 83 f.; *Kern*, 166 f.
[61] *Stürner*, in diesem Band, 82–83.
[62] In diesem Band: *Stürner*, 70; *Kern*, 169 f.; *Xie Gen*, 237.
[63] *Xie Gen*, in diesem Band, 236 f.
[64] *Wiegand*, Sachenrechtsmodernisierung, in: FS Westermann, 2008, 737.

d) Eintragung und künstliche Intelligenz

Ein zentrales Argument für die Abschaffung des *numerus clausus* besteht in den elektronischen Eintragungsmöglichkeiten und der enormen Datenverarbeitungskapazität der künstlichen Intelligenz. Die Funktionalität des Registers wird in Frage gestellt von den Autoren, die dazu Position bezogen haben:

Ye Jinqiang weist auf die fehlende Vertrautheit mit dem neuen personenbezogenen Register für Sicherheiten an Mobiliar und Forderungen hin. Nach ihm hätte die Eintragungsanforderung die Sicherungsübereignung in China vollständig eliminiert. Die durch Eintragungen herbeizuführende Drittwirkung und der Besitz sind mit der Singularität des Publizitätsmittels nicht vereinbar. Noch ungelöst ist beispielsweise die Relevanz des guten Glaubens für den Eintritt der Drittwirkung.[65]

Zhu Qingyu stellt die Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit in Frage und erläutert die Schwierigkeit der Feststellung der Wirkung eines nicht eingetragenen, aber eintragungsfähigen Rechts anhand des Beispiels des Landbewirtungsrechts.[66]

Wolfgang Wiegand erkennt zwar an, dass „das überkommene System nicht geeignet ist, die zunehmende Vielfalt der Vermögensrechte angemessen zu erfassen" und wendet sich gegen den Wegfall des *numerus clausus* durch Eintragung jedes Vermögensinteresses, da es „sowohl aus faktischen wie aus theoretischen Gründen zur Zeit nicht realisierbar ist" und durch die Regelung des Umfangs der Eintragungsfähigkeit doch ein *numerus clausus*-Effekt eintritt.

Rolf Stürner bezweifelt die Entbehrlichkeit der Typisierung im digitalen Zeitalter und fragt, woher die künstliche Intelligenz ihre Maßstäbe für eine Bewertung der Werthaltigkeit einzelner Gestaltungen in Abwesenheit des gesetzgeberischen Typus oder Leitbildes nehmen soll.[67]

Diese Kritik zeigt, dass das zu konstruierende Güterregister jedenfalls in einzelnen Details noch überdacht werden müsste, um die erhoffte Wirkung der Freisetzung der Gestaltungsmöglichkeiten zu ermöglichen.

IV. Inhalt

1. Normenbestand und Methode der Normsetzung

Der Normenbestand des CZGB und des japanischen ZGB ist wesentlich kleiner als der des BGB. In China muss man jedoch justizielle Auslegungen als Ergänzungen zum CZGB dazu zählen, welche für Gerichte verbindlich sind und bereits jetzt in großer Anzahl bestehen. Aus diesem Grund kritisiert *Ye Jinqiang* den Aktivismus

---

65 *Bu* (Fn. 20), 24 ff.
66 *Zhu Qingyu*, in diesem Band, 220 f.
67 *Stürner*, in diesem Band, 84 f.

des OVG,[68] welcher das System des ZGB schmälert, während die Rechtsfortbildung für *Rolf Stürner* jedoch Aufgabe jedes höchsten Gerichts ist.[69] Da justizielle Auslegungen durch entsprechende Arbeitsgruppen i. d. R. nach Anhörung der unteren Gerichte und Beratung mit Rechtswissenschaftlern verfasst werden, kann diese Art der Rechtsentwicklung ggfs. sogar vorzugswürdig sein.

Helmut Koziol geht darüber hinaus noch auf die allgemeine Methode der Normsetzung ein und vergleicht dabei die Vor- und Nachteile der Generalklauseln und detaillierter Normen. Seiner Meinung nach kann „die starke Bindung des Richters durch feste Normen letztlich zu einer größeren Rechtsunsicherheit führen", weshalb Generalklauseln vorzugswürdig sind, wenn Richter unter Anleitung des beweglichen Systems Recht anwenden.[70] Bei der chinesischen Kodifikation hat das Thema der Generalklausel zur Flexibilisierung des Rechts kaum Aufmerksamkeit erweckt.[71]

Christoph Kern spricht schließlich gesetzgebungstechnische Aspekte bei der Kodifikation an, von der Aufteilung in Bücher, der Einfügung von Überschriften bis zur Gestaltung der räumlichen Nähe mehrerer Regeln, also entweder Zusammenfassung in einem Artikel oder Separierung.[72]

2. Eingliederung des Sonderprivatrechts

Einem Zivilgesetzbuch kommt die Funktion des allgemeinen Privatrechts zu, weshalb sich die Frage bei einer Gesamtkodifikation stellt, welche Bereiche des Sonderprivatrechts eingegliedert werden sollen. Um die Beständigkeit des Zivilgesetzbuches zu bewahren, sollen Sondergesetze nach *Su Yeong-Chin* grundsätzlich nicht ins Gesetzbuch übersiedelt werden.[73] *Rolf Stürner* bezeichnet das BGB als das Standbein und die Sondergesetzgebung als das Spielbein, damit sowohl die statische Wirkung als auch die Beweglichkeit des Zivilrechts gewährleistet werden können.[74] *Peter Jung* und *Christoph Kern* sehen sowohl Vor- als auch Nachteile in der Auslagerung oder Erfassung von Sondergesetzen durch das Gesetzbuch.[75]

Das CZGB folgt grundsätzlich dem Ansatz, Sonderprivatrecht auszulagern, und schließt das Handelsrecht, das Kollisionsrecht und das Recht des geistigen Eigentums von der Aufnahme aus.[76] Dennoch ist der Inhalt des Persönlichkeitsrechtsbuchs kurz nach dem Inkrafttreten des CZGB durch das Datenschutzgesetz revidiert wor-

---

68 *Ye Jinqiang*, in diesem Band, 64.

69 *Stürner*, in der Diskussion, 241.

70 *Koziol*, in diesem Band, 34.

71 Ausnahme bei *Sun Xianzhong* (孙宪忠), Über mehrere Schlüsselpunkte der Umsetzung der systematischen wissenschaftlichen Logik im ZGB (论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点), Oriental Science of Law (东方法学) 2020/4, 19 ff.

72 *Kern*, in diesem Band, 160 f.

73 *Su Yeong-Chin*, in diesem Band, 22.

74 *Stürner*, in diesem Band, 61.

75 In diesem Band: *Jung*, 141 f.; *Kern*, 160.

76 Zu den Gründen vgl. *Bu* (Fn. 3), Chap. 1 Rn. 24–33.

den, was zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung führt.[77] Die Eingliederung des Verbraucherrechts wurde nie erörtert, da es traditionell als Teil des Wirtschaftsrechts betrachtet wird und inhaltlich nur wenige Schnittmengen mit dem Vertragsrecht aufweist.

Bei der japanischen Schuldrechtsreform war die Integration des Verbrauchervertragsrechts in das JZGB einer der zentralen Streitpunkte. Die Eingliederung des Verbrauchervertragsrechts wurde aus rechtspolitischen und dogmatischen Gründen abgelehnt.[78]

Nach *Helmut Koziol* ist ohnehin die Sinnhaftigkeit des Verbrauchervertragsrechts fraglich, da „der Verbraucherbegriff nicht in der Lage ist, die Tatbestände, in denen eine besondere Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei gegeben ist, sachgerecht einzugrenzen.“; vielmehr sind Informationsgefälle und wirtschaftliches Ungleichgewicht der Grund für eine Sonderbehandlung der schwächeren Partei, wobei dies besser durch das allgemeine Privatrecht erreicht werden soll, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.[79]

3. Ausschluss von Regulierungsnormen

Su Yeong-Chin plädiert dafür, alle Regulierungsnormen aus einem Zivilgesetzbuch auszunehmen und den Brückenbau zum öffentlichen Recht Verweisnormen zu überlassen.[80] Nach *Xie Gen* wird dies aber eine Aushöhlung des Zivilgesetzbuches zur Folge haben.[81] *Xue Jun* vertritt, dass solchen Regulierungsnormen in China keine große Aufmerksamkeit geschenkt wird und das wissenschaftliche System durch die Regulierungsvorschriften unberührt bleibt.[82]

V. Fazit

1. Eine ideale Struktur kann es in der realen Welt für ein Zivilgesetzbuch nicht geben. Dennoch ermöglicht die Diskussion über die Leistungsfähigkeit der Gliederung eines Zivilrechtsbuches eine Untersuchung über das Potential und die Grenzen ihrer Optimierung.

2. Die Gesamtkodifikation des Zivilrechts in China ist eine Konsolidierung des geltenden Rechts und die Modernisierung des Schuldrechts in Japan eine Teilreform des JZGB. Es verwundert daher nicht, dass das Pandektistische Modell der Ordnung implizit vorgegeben ist, da es in beiden Ländern bereits zu eigener Tradition gewor-

---

[77] *Xue Jun*, in diesem Band, 48.
[78] *Yamamoto*, in diesem Band, 125.
[79] *Koziol*, in diesem Band, 31 f.
[80] *Su Yeong-Chin*, in diesem Band, 21 f.
[81] *Xie Gen*, in diesem Band, 236.
[82] *Xue Jun*, in diesem Band, 52.

den ist. Gegenüber einer Strukturreform sind die materiellen Änderungen wichtiger. Insofern hält sich der Nachteil der Pfadabhängigkeit in der Systematik in Grenzen.

3. Tradierte Dogmen wie die Trennung von Sachen- und Schuldrecht zu hinterfragen und herauszufordern, ist für eine Rechtsordnung wie die chinesische, die auf der Rechtsrezeption aufgebaut ist, besonders sinnvoll. Nur mit Besinnung auf die Herkunft fremder Konzepte und einer ständigen Prüfung ihres Bestands angesichts des gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technologischen Wandels ist eine gründliche Aufarbeitung möglich. Dennoch muss „das heilsame Gefühl der Demut hinzutreten“, damit diese Arbeit in der gebotenen Behutsamkeit erfolgt.[83]

[83] Zitat von Savigny, inspiriert durch die Anmerkung von *Brehm*, AcP 2007, 275.

Bewertung des Zivilgesetzbuches Festlandchinas aus Sicht der Kodifikationslehre

*Su Yeong-Chin**

I. Einleitung

Das „Zivilgesetzbuch der VR China“ (ZGB) wurde am 28.5.2020 verabschiedet. Das ZGB ist in sieben Bücher und 1.260 Paragrafen gegliedert. Unter den sieben Büchern ist aber eigentlich nur das Buch zu den Persönlichkeitsrechten neu. Die meisten Inhalte dieses Gesetzbuches finden sich in den ursprünglichen neun Gesetzen wieder. Es sollte gleichwohl nicht übersehen werden, dass im Zuge der Kodifikation doch einige Rechtssätze revidiert wurden.

Das ZGB ist das erste Zivilgesetzbuch der VR China, aber nicht das erste chinesische Zivilgesetzbuch. Das erste Zivilgesetzbuch wurde nach der Machtübernahme

---

* Basiert auf einer von *Anne Sophie Ortmanns* übersetzten ungekürzten Fassung des Beitrags, erschienen in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen, 2022, 69 ff. Die Vortragsform wurde beibehalten.

auf dem Festland durch die Kommunistische Partei abgeschafft, jedoch in Taiwan seit dessen Rückgabe von Japan bis heute umgesetzt, hat sich als wichtiger Motor der Marktwirtschaft und Zivilgesellschaft erwiesen und bemerkenswerte Ergebnisse erzielt.

Angesichts der großen Bedeutung des Zivilgesetzbuches in den Staaten des kontinentaleuropäischen Rechtssystems und der Überlegung, wie viel weniger kontrovers Lehrbücher und wissenschaftliche Abhandlungen sein könnten, wenn die vorgeschalteten Gesetzbücher, insbesondere das Zivilgesetzbuch, das als „Grammatikbuch" nahezu aller Gesetze bezeichnet werden kann, ein hohes Niveau erreichen würden, habe ich immer gedacht, dass es einer systematischeren Untersuchung aus mehreren Perspektiven bedarf. Daher rührt die Verwendung des Begriffs der Kodifikationslehre, aus deren Perspektive das neue Zivilgesetzbuch Festlandchinas im Folgenden bewertet und ein Ausblick erfolgen wird.

Deshalb werde ich nicht z. B. auf die einzelnen institutionellen Erneuerungen eingehen. Die sind zwar meistens wichtig, aber dennoch irreführend und führen dazu, dass viele bei ihren Überlegungen und ihrer Einschätzung die grundlegendste Frage vernachlässigen: Was hat es mit dem ZGB als solchem auf sich?

Daher hebe ich besonders die Einschätzung und den Ausblick aus der Sicht des Gesetzbuches hervor, um daran zu erinnern, dass wir uns auf die „Gestaltung" des „Gesetzbuches" konzentrieren, und die Kommentatoren die richtigen Fragen stellen müssen.

II. Warum Kodifikation?

1. Rechtskultur des „Civil Law"

Wir müssen vielleicht davon ausgehen, dass das Zivilgesetzbuch bei einem Rückblick auf die Entwicklungen des 20. Jahrhunderts tatsächlich eher in einem schlechten Licht erschien. Man ging davon aus, dass die Bedeutung des Gesetzbuches seit ihrem Höhepunkt gegen Ende des 19. Jahrhunderts rückläufig war.[1] Dennoch erscheinen trotz starker Kritik immer wieder neue Zivilgesetzbücher und einige alte Gesetzbücher werden nach wie vor „im großen Stil aufgebaut".[2] Wenn die Gesetz-

---

[1] Nach *John Henry Merryman* fand der Untergang der Zivilrechtskodifikation bereits mit den Anfängen der Verfassungsgebung sowie dem Wachstum des Europäischen Föderalismus statt, vgl. *Merryman*, The Civil Law Tradition – An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America, 1985, 151.

[2] Während der Jahrhundertwende wurden bedeutende neue Zivilgesetzbücher in Staaten wie den Niederlanden und Russland fertiggestellt. Nach dem Eintritt in das neue Jahrhundert sind ferner an verschiedenen Orten kontinuierlich neue Zivilgesetzbücher entstanden, wie beispielsweise auf den Philippinen und Vietnam im Fernen Osten, Israel im Nahen Osten, Québec in Nordamerika, Brasilien und Argentinien in Lateinamerika, Litauen, der Ukraine, Rumänien und der Türkei in Europa.

bücher wirklich so nutzlos und antiquiert sind, warum gehören sie dann nicht der Geschichte an? Es lohnt sich, hierüber nachzudenken.

Rechtsvergleicher unterscheiden aus bestimmten Blickwinkeln, insbesondere aus rechtstechnischer Sicht, zwischen dem Common Law und dem Civil Law. Das Common Law unterscheidet sich vom Kontinentalrecht in vielerlei Hinsicht, aber der deutlichste und am wenigsten strittige Unterschied liegt in den Rechtsquellen, denen verschiedene Denkweisen zugrunde liegen.

Die Schaffung eines Zivilgesetzbuches ist nicht nur die Vollendung einer konzentrierten Kodifizierung zivilrechtlicher Normen, sondern auch die weitere Bestätigung und Stärkung einer Denkweise. Das Zivilgesetzbuch ist zum wesentlichen Gen des kontinentalen Rechtssystems geworden, weil es viele seiner Eigenheiten konkretisiert.

2. Akkumulation und Innovation

Es soll hier aber darauf hingewiesen werden, dass es gerade wegen der Ähnlichkeit der normativen Bedürfnisse in einer Austauschwirtschaft und wegen technischer Schwierigkeiten präzise Begriffe und vernünftige Regeln zu finden oder zu erfinden, unbedingt nötig ist, sich bei der Zivilgesetzgebung an die Erfahrungen anderer anzulehnen. Und die Rezeption der fortgeschrittenen Struktur oder Institutionen bei der Kodifikation ist sogar eine Tugend. So zeigen die Untersuchungen von Zivilgesetzbüchern, dass die Zivilgesetzbücher der kontinentalrechtlichen Systeme eine klare historische Linie der Kumulation und Selektion aufweisen.

Es wird deutlich, dass das französische und deutsche Zivilrecht jeweils 100 Jahre lang eine Vorreiterrolle gespielt haben, und ihr Einfluss ist beispiellos. Jedoch ist das Zivilgesetzbuch keines Landes zu einhundert Prozent originell und die meisten Konzepte und Regeln sind anderen entlehnt. Das Zivilgesetzbuch ist ein Prozess konstanter Akkumulation und Innovation.

3. Es geht nunmehr nur um das System

Auf dem Glanzpunkt des Zivilgesetzbuchs konnte es vielerlei unersetzliche soziale Funktionen erfüllen, aber nicht alle dieser Funktionen sind weiterhin von ebenso großer Bedeutung. Denkt man an das Zeitalter, in dem die Informationsübertragung und der Druck noch nicht ausreichend entwickelt waren, war die augenscheinlichste Funktion des Gesetzbuches der leichte Zugang zu einzelnen Gesetzen durch die Zusammenstellung aller Rechtsvorschriften in einem Dokument. Diese Funktion kann heutzutage durch die Nutzung neuer Technologien bei der Bearbeitung rechtlicher Daten erfüllt werden, weit über die Reichweite des Gesetzbuches hinaus.

Früher war die politische Integration auch eine wichtige Funktion. Doch auch diese Funktion gehört der Vergangenheit an, und heutzutage würde niemand mehr ein Zivilgesetzbuch zur Hervorhebung der Souveränität schaffen. Die Anerkennung nationaler Werte und die Gewährleistung der Menschenrechte wurden vollständig

durch das öffentliche Recht übernommen, und die einst durch das Zivilgesetzbuch erfüllte individualistische und liberale Signalfunktion ist längst in den Hintergrund getreten.

Nur eines hat sich bewährt: die Rationalisierung der Rechtsordnung und mithin der Sozialordnung. Das Recht der kontinentaleuropäischen Länder wurde durch die Forschungsmethode der Rechtsdogmatik allmählich systematisiert, und das Zivilgesetzbuch war sowohl das Ergebnis dieser Entwicklung als auch die am stärksten treibende Kraft der Systematisierung. Die einzige verbleibende Funktion des Gesetzbuches ist also die Systematisierung, das heißt die Externalisierung des „inneren Systems" eines Rechtsgebiets, was der Suche, Speicherung, Gesetzgebung und Ausbildung des Rechts zuträglich ist.

III. Zwei Modelle der Systematisierung

1. Das Modell des pandektischen Zivilgesetzbuches

Wenn von Systemen die Rede ist, müssen wir mit dem Höhepunkt an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert beginnen, dem deutschen fünfteiligen Zivilgesetzbuch in der noch stärker bereinigten Version des jetzigen Gesetzbuches Taiwans. Dies ist das Pandektensystem, das sich auf das, was die Deutschen „vor die Klammer ziehen" nennen, konzentriert. Es ist in anderen alten Zivilgesetzbüchern wie dem französischen nicht zu finden. Deutschland hat dennoch den liberalen, individualistischen Geist des französischen Zivilrechts beibehalten, aber ein wissenschaftliches System errichtet. Auch wegen dieser Eigenschaft hat das Zivilgesetzbuch des Pandektenmodells vielleicht nicht die meisten Länder, aber eine äußerst breite Spanne von Ideologien beeinflusst, von Ostasien bis zur sozialistischen Sowjetunion. Der Einfluss Deutschlands rührt nicht unbedingt von der Brillanz seiner Regeln her, sondern eher von der Rationalität und bequemen Übertragbarkeit seines Systems, das auch mit völlig unterschiedlichen Ideologien gut funktioniert, weil das Zivilgesetzbuch wie eine Maschine seine Neutralität bewahren kann.[3]

Die Flexibilität dieses Gesetzbuchmodells im Lichte drastischer Veränderungen in der *public policy* kann auch am Beispiel Taiwans aufgezeigt werden. Nehmen wir als Beispiel das Bodenrecht. Nachdem die Regierung 1949 nach Taiwan übergesiedelt war, förderte sie sofort eine groß angelegte Landreform. Neben dem Bodengesetz wurden das Spezialgesetz zur Pachtreduzierung sowie das Spezialgesetz zu „Land in Bauernhand" erlassen. Dadurch wurden nahezu alle Bestimmungen des Sachenrechtsbuches wie jene über Pachtverträge des Schuldrechtsbuches durch Spezialgesetze sowie deren Spezialgesetze betreffend den Gegenstand, Preis oder andere Inhalte des Agrarhandels ersetzt. In den 1970er Jahren begann der allmähliche

---

[3] In diesem Sinne schon *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1969, 485 ff.

Wechsel vom Agrarhandel zur Leichtindustrie, zur technologischen Verarbeitung und zu Dienstleistungen. Landwirtschaftliche Flächen waren nicht mehr das Lebenselixier der Volkswirtschaft, die Bodenpolitik wurde liberalisiert, Spezialrecht wurde nach und nach revidiert oder aufgehoben, und Grundstücksgeschäfte fielen wieder unter die allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs.

2. Das Modell des sektoriellen Zivilrechts

Trotz des herausragenden Beitrags des Pandektenmodells zur Systematisierung kann nicht von dieser als der einzigen Methode der Systematisierung die Rede sein. Die vertikale Strukturierung aller zivilrechtlichen Normen gemäß dem *lex specialis*-Verhältnis im Anschluss an die horizontale Bereinigung und Koppelung der Begriffe sowie Institutionen, ist in der Tat ein relativ groß angelegtes Projekt und wird den Erfordernissen eines jeden Landes unter verschiedenen historischen Bedingungen eventuell nicht immer bestmöglich gerecht. Eine andere, etwas einfachere Option ist es, schon entwickelte, ähnliche Zivilrechtsinstitute nach der Regel „vor die Klammer ziehen“ zu systematisieren, ohne horizontal zwischen den Teilsystemen ebenfalls in einem *lex specialis*-Verhältnis weiter zu systematisieren. Was seinen Umfang betrifft, erscheint es nicht notwendig, jene Vorschriften, die das Produkt einer speziellen Politik sind, in Spezialgesetzen zu regeln, und Rechtssuchende könnten von einem solchen Einzelgesetz, das die Systematisierung auf einem kleinen zivilrechtlichen Gebiet vervollständigt, auch vernünftigerweise erwarten, dass dieses alle relevanten Bestimmungen abdeckt. Durch dieses Nebeneinander kleiner Zivilrechtssysteme entsteht im Wesentlichen eine horizontale Kodifikationsstruktur, und die weitere Zusammenstellung in einem Gesetzbuch wäre nur von formaler Bedeutung.

Welche dieser beiden Richtungen der Systematisierung effizienter ist, wird weiter unten erläutert, aber der Gesamtunterschied in der Funktionsweise übersteigt möglicherweise die allgemeine Vorstellungskraft.

3. Paradigmenwechsel für das kontinentaleuropäische Zivilrecht?

Wie bereits erwähnt, weist bei einem Vergleich der beiden Systematisierungsmodelle das Pandektenmodell zwei Hauptmerkmale auf: die Extraktion gemeinsamer Faktoren und die gemeinrechtliche Orientierung. Das erste Merkmal stellt einen deutlichen Vorzug bei der Rechtsfindung und -speicherung dar, das zweite wiederum bei der Gesetzgebung und Rechtsausbildung. Daher ist das Gebietszivilrecht, wenn man andere Faktoren außen vor lässt, in seinem systemischen Nutzen augenscheinlich unterlegen. Betrachtet man jedoch das neue ZGB Festlandchinas und die fast zehnjährigen Bemühungen zur Systematisierung des europäischen Zivilrechts, das denselben Weg beschritten und die Pandekten zugunsten eines Gebietszivilrechts aufgegeben hat, kann ein tiefes Verständnis für den hohen Grad an Pragmatismus erzielt werden, der nach wie vor hinter den nach Gebieten aufgeteilten Zivilgesetzbüchern steht.

Die Kontroverse darüber, ob das europäische Zivilrecht kodifiziert werden soll, existiert schon lange. Obwohl der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) bereits im Jahr 2009 unter gemeinsamer Anstrengung von Wissenschaftlern und offiziellen Stellen fertiggestellt wurde, hat der Widerstand nie aufgehört. Der wesentliche Grund hierfür ist die Starrheit eines Gesetzbuches.[4] Es kann bis zu zehn Jahre dauern, um einen Konsens aller Länder über die Korrektur eines Gesetzesfehlers zu erreichen, und aus gesetzgebungstechnischer Sicht muss ein Gesetzbuch fast immer abschnittsweise vervollständigt werden, was zu unendlichen Anpassungsproblemen zwischen dem neuen und den nicht geänderten Abschnitten führt. Dies ist im Falle eines Landes tolerierbar, aber ein solches Durcheinander in 20 oder 30 Ländern gleichzeitig wäre zu kostspielig. Daher plädiert Thomas Ackermann dafür, dass sich die europäischen Zivilrechtswissenschaftler und insbesondere seine Landsleute den Schwierigkeiten der mehrstufigen europäischen Regulierung und der Pfadabhängigkeit zwischen den alten Zivilgesetzbüchern stellen, sich stattdessen für die Integration des Zivilrechts und der übergeordneten EU-Richtlinien einsetzen und den panoptischen DCFR zugunsten einer sektoriellen Integration vergessen sollten.[5]

IV. ZGB – Das versäumte Kodifikationsmoment

1. Ein sektorieller Körper mit einem pandektischen Kopf

Schon aus den Erläuterungen zum Entwurf des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts" (ATZR) aus dem Jahr 2017 entsteht der Eindruck, dass der Gesetzgeber nicht nur die Erstellung eines Sammelwerks intendierte. Das sogenannte „inhaltlich abgestimmte und streng wissenschaftlich gegliederte" Gesetzbuch deutet auf die Absicht hin, die verschiedenen Gesetze, die zuvor als Reaktion auf die bestehenden Umstände erlassen wurden und die in Struktur und Stil nicht einheitlich waren, im Wesentlichen zu integrieren. Ohne das allgemeine Recht zu nennen, liegt die Orientierung am allgemeinen Recht auf der Hand. Rechtsvergleichende Studien zeigen ebenfalls sehr deutlich, dass das Fehlen eines allgemeinen Teils nicht zwingend bedeutet, dass dieses Gesetzbuch sicher keine Positionierung als allgemeines Recht besitzt.[6] Doch wenn ein allgemeiner Teil errichtet wird, kommt dies einer Positionierung des Zivilgesetz-

---

[4] Vgl. *Hesselink*, The common frame of reference as a source of European private law, Tulane Law Review 2009, 919 ff.; *Bussani*, A streetcar named desire: The European civil code in the global legal order, Tulane Law Review 2009, 108 ff.

[5] *Ackermann*, Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik, ZEuP 2018, 744.

[6] Zur Absage an einen allgemeinen Teil bei den anschließenden zivilrechtlichen Kodifikationen in der Schweiz sowie Rekodifikation in Österreich *Wieacker* (Fn. 3), 486 ff; *Ranieri*, Die deutsche Pandektistik: Europäischer Aufstieg und Niedergang eines rechtswissenschaftlichen Modells, in: Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815 bis 1945, 2009, 419 ff.

buches als pandektisches gleich. Es ist ernüchternd festzustellen, dass das letztlich verabschiedete Zivilgesetzbuch, wenn man den allgemeinen Teil beiseitelässt, zu 100 Prozent das Rechtsgebietsmodell bleibt. Die gemeinsamen Nenner, die durch den allgemeinen Teil abstrahiert worden sind, jedoch die entsprechenden Stufen überspringen, ragen wie wurzellose Orchideen auf, was im Rechtsvergleich einzigartig ist.

2. Pragmatisch nur auf kurze Sicht

Der Grund, warum das europäische Zivilrecht das Gesetzbuch zugunsten eines sektoriellen Zivilrechts aufgegeben hat, entspricht jedoch keineswegs den aktuellen Umständen in Festlandchina. Die Kodifizierung des Zivilrechts in Festlandchina hat, verglichen mit Europa, zwei große Vorteile: den Vorteil des Nachzüglers und der Selbstbestimmung. Für den Nachzügler Festlandchina ist es viel einfacher, über jede Systematisierung hinauszugehen, ohne der Pfadabhängigkeit alter Gesetzbücher und Rechtsdogmatik ausgesetzt zu sein. China ist unter dem System der einstufigen staatlichen Verwaltung zudem völlig frei von den komplexen Beziehungen, wie sie zwischen der EU und den souveränen Mitgliedstaaten bestehen.

Der aktuelle Stand der sektoriellen Entwicklung kann mit dem Pragmatismus erklärt werden, der seinen Ursprung in der Geschichte Festlandchinas hat. Viele erkennen die sektorielle Systematisierung auch unter dem Gesichtspunkt der systemischen Effizienz an. Im Falle des Sachenrechtsgesetzes beispielsweise erfolgt eine systematische Anordnung aufgrund der Definitionen des Anwendungsbereiches, die sich von der Fairness des Handels über die Marktteilnehmer (Subjekte) als Voraussetzung für den Handel und die anfängliche Allokation von Ressourcen als Ziel des Handels sogar bis hin zu der Kontrolle bestimmter Transaktionen aufgrund von Erwägungen der öffentlichen Ordnung erstrecken. Soweit möglich wird ein einziges Gesetz verwendet, um alle relevanten Fragen zu klären und die behördliche Durchsetzung des Rechts, die Rechtspflege und die Anwendung und Einhaltung des Rechts durch die Justiz und die Allgemeinheit zu erleichtern.

Leider ist dies bestenfalls das Ergebnis einer kurzfristigen Analyse. Auf lange Sicht werden parallele, aber nicht integrierte, sektorielle Gesetze oder Kodifikationen unweigerlich zu zahlreichen Problemen der technischen Verbindung und der politischen Koordination zwischen den einzelnen Gesetzen oder Kodifikationen führen, die mitunter Probleme bei der Anwendung von Gesetz A lösen, aber potenziell mehr Probleme mit den Gesetzen B, C und D schaffen, weil es weniger systematische Regelungen über die einzelnen Gesetze hinweg gibt. Die Grenzkosten für eine externe Anpassung könnten mit zunehmender Komplexität des Marktes schwer tragbar werden. Im Ergebnis wird das ZGB möglichweise vor dem Dilemma stehen, fortwährend geändert werden zu müssen und dennoch die Notwendigkeit von Spezialrecht nicht umgehen zu können, und der Rechtssuchende kann nicht einmal sicher wissen, ob bei der Wahl zwischen dem Gesetzbuch und dem eigenständigen Gesetz

nach wie vor der Grundsatz der vorrangigen Anwendung des Spezialgesetzes gegenüber dem allgemeinen Gesetz greift oder die Wahl nur durch den Grundsatz der vorrangigen Anwendung des späteren Gesetzes gegenüber dem früheren bestimmt wird. Es besteht nicht die Notwendigkeit, sie übereilt in einem sektoriellen Gesetzbuch zusammenzufassen, sodass 20 oder 30 Jahre später die gesamte Zivilrechtsdogmatik in einem komplizierten und schwer auflösbaren Abhängigkeitspfad gefangen und man gezwungen ist, das größere Projekt der Rekodifizierung zu beginnen. Dies ist, so fürchte ich, der Preis, der für das Verpassen des Kodifizierungszeitpunkts zu zahlen ist.

3. Wozu der Allgemeine Teil?

Je genauer man den pandektischen Kopf des ZGB liest, desto mehr taucht die Frage auf, wozu der Allgemeine Teil da sein soll. Denn der Gesetzgeber ist nicht einmal bereit gewesen, endlich das umstrittene Problem der Trennung und Abstraktheit des sachenrechtlichen Geschäfts zu klären. Das war vielleicht auch ein wichtiger Grund für den Verzicht auf den AT in anderen westeuropäischen Zivilgesetzbüchern. Hinsichtlich der Stellungnahme des festlandchinesischen Zivilrechts war jedoch bis zur Kodifikation nicht klar, ob man endlich entschieden ist, diese dogmatisch grundlegende Differenzierung festzulegen. So gibt es schlussendlich immer noch keinen Vertrag im Sinne eines gemeinsamen Nenners aller gegenseitigen Rechtsgeschäfte. Es fehlt auch eine Regel über die Voraussetzungen eines Verfügungsgeschäfts, welches weiterhin eine strittige dogmatische Figur zu bleiben scheint. Mit allen seinen Unklarheiten muss man wirklich ernsthaft fragen, wozu der AT dient, wenn es für das heutige Festlandchina noch weniger Grund zu einer Verallgemeinerung auf diesem Niveau gibt als für die großen Zivilgesetzbücher wie das österreichische oder schweizerische vor mehr als einem Jahrhundert. Die gesetzgeberische Zurückhaltung zur Zeit der Gesetzgebung des Sachenrechtsgesetzes war schon sehr stark, das Trennungs- und Abstraktionsprinzip sei zu sehr „germania", dass es den heutigen Chinesen nicht passe.[7] Wenn es wirklich so wäre, sollte nicht vergessen werden, dass der AT als Schlussfolgerung des logischen Aufbaus mindestens gleich stark deutscher Glaube an Wissenschaft ist.

---

[7] Zu dieser Kontroverse s. *Liu Jingwei* (Hrsg.), Sammlung der rechtswissenschaftlichen Kontroversen im 60jährigen Bestehen der Republik, Zivil- und Handelsrechtsband, 2009, 159 ff. Es sei aber zu erwähnen, dass sich die Bedenken gegen die deutsche Besonderheit des Trennungsprinzips angesichts der insofern durchaus positiven Erfahrungen der taiwanesischen Praxis in den vergangenen 70 Jahren als unbegründet erwiesen haben. Nachdem man nun in Festlandchina auch das Rechtsgeschäft als einen Oberbegriff im Allgemeinen Teil anerkennt, wäre es noch unverständlicher, wenn ein rein persönliches Rechtsgeschäft mit Verpflichtungswillen zur Änderung eines Sachenrechts führen würde.

4. Koppelung sowie Extraktion sind nicht gleich Wiederholung

Die Systematisierung des Pandektenmodells bedient sich häufig Verbindungsregeln, die in systematischer Hinsicht in verschiedene Konzepte unterteilt sind. Daher ist es sehr wichtig, gemäß den Verbindungsregeln Dopplungen bei der Integration eigenständiger Gesetze, die nach Rechtsgebieten verabschiedet wurden, in ein Gesetzbuch zu vermeiden. Jedoch werden die Bestimmungen der verschiedenen Teilbücher des ZGB nach wie vor aus den ursprünglich eigenständigen Gesetzen übernommen, nicht wissend, dass sie bei ihrer Gesetzgebung eigene „kleine, aber umfassende" Erfordernisse hatten. Bei der Aufnahme in das ZGB können hierdurch Überschneidungen oder Inkonsistenzen auftreten. Wenn es in Zukunft leichte Diskrepanzen in den Voraussetzungen und der Wortwahl zwischen den einzelnen Gebieten gibt, ist zu befürchten, dass dies nur noch mehr Probleme für Wissenschaftler generieren wird.

Ein Missverständnis besteht auch bei der vertikalen Extraktion. Es hat keinen Sinn, hier statt zu extrahieren und zu generalisieren einfach zu wiederholen, was bereits ausführlich behandelt wurde. Die beiden Kapitel im Allgemeinen Teil, und zwar das 5. Kapitel über zivilrechtliche Rechte und das 8. Kapitel über die zivilrechtliche Haftung im Allgemeinen Teil tun aber gerade dies, was man nur von einem Lehrbuch für Jurastudenten erwarten würde. Mit dieser Wiederholung wird also kein Beitrag zur Normspeicherung geleistet. Sie führt nur zu mehr und mehr Wiederholungen bei den Revisionen der Teilbücher oder speziellen Gesetze, wie z.B. der Patent- oder Urhebergesetze. Wie unpandektisch ist dieser pandektische Kopf!

5. Überlastung des 3. Buchs des Vertragsrechts

Der Verzicht auf einen Allgemeinen Teil aller Schuldverhältnisse zwingt das Zivilgesetzbuch des 21. Jahrhunderts zu dem gleichen Engpass, in welchem sich schon das Zivilgesetzbuch Napoleons vor mehr als zwei Jahrhunderten befand. Die französischen Rechtsdogmatiker haben mit der sozialen Entwicklung allmählich sehr komplizierte Begriffe und Regeln als Torwege erfunden. Für das heutige Festlandchina heißt es jedoch, dass der Anfang des Vertragsrechtsteils ganz überlastet wird. Was beispielsweise die allgemeinen Regeln über Forderungen, die Gegenleistungsansprüche aus Vertrag und die Rückforderungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung betrifft, so stellen sich zum Teil gemeinsame Fragen. Da die gemeinsamen Faktoren der schuldrechtlichen Regeln nicht extrahiert wurden, werden diese Fragen jedoch alle in dem Buch über das Vertragsrecht behandelt. Das Verhältnis von allgemeinen und speziellen Regeln wird mit so unbeholfenen Worten und in einer so verworrenen Logik behandelt, dass die Paragrafen wie ein Zwirn verdreht sind. Die Rechtsfindung und Rechtsausbildung sowie die Rechtsdogmatik werden in Zukunft um ein Vielfaches komplizierter sein.

V. Raum für Fortschritt in dem Pandektenmodell

1. Das Große Zivilgesetzbuch

Die obige Kritik an dem neuen Gesetzbuch basiert nach wie vor hauptsächlich auf der Perspektive der systemischen Effizienz. Es wird argumentiert, dass das Pandektenmodell, das durch die fünf Bücher des deutschen BGB repräsentiert wird, nach wie vor eine relativ überlegene Art der Systematisierung sei, während das neue ZGB Festlandchinas wegen des Fehlens allgemeiner schuldrechtlicher Regeln und der fehlenden guten vertikalen und horizontalen Integration der Inhalte der Teilbücher „rückschrittlich" ist. Dies führt dazu, dass auch die Orientierung am allgemeinen Recht des Gesetzbuches eher vage ist. Doch selbst wenn all diese Aufgaben nachgeholt würden, wäre dies in Wirklichkeit nur eine annähernde Rückkehr zu dem Systematisierungsniveau, das es in Deutschland vor 120 Jahren gab, und die überzeugendste Begründung hierfür wäre nur, dass dies am ehesten dem Status quo der Zivilrechtsdogmatik Festlandchinas entspräche. Man könnte sogar noch weitergehen und fragen, ob diese Zivilrechtsdogmatik, die die Pandektenwissenschaft aus der Zeit der Ausarbeitung des deutschen BGB nachbildet, nach 120 Jahren enormen gesellschaftlichen Wandels überhaupt noch Raum für Verbesserungen hat. Ich persönlich habe einige Ansichten zu diesem Punkt und möchte im Folgenden einige grundlegende Gedanken über das Große ZGB vorstellen.[8]

Um angesichts einer pluralistischen und sich stetig wandelnden modernen Gesellschaft so viele zivilrechtliche Fragen wie möglich für künftige Generationen zu behandeln, muss ein Zivilgesetzbuch als Grundlage des Zivilrechts folgende Probleme durchdringen: 1. die Erweiterung von Begriffen, 2. die Reduktion von Schwellen, 3. die Ergänzung von Dimensionen und 4. die Eröffnung von Optionen. Das fünfteilige deutsche BGB weist in diesen Bereichen strukturelle Defizite auf, die nicht von Anfang an bestanden, sondern erst langsam im Laufe einer jahrhundertelangen, vielseitigen Entwicklung aufgetreten sind, insbesondere durch die spektakulären Errungenschaften der Informations- und Kommunikationstechnologie im späten 20. Jahrhundert. Eines der Hauptprobleme liegt darin, dass das Prinzip des *numerus clausus* der Sachenrechte und die getrennte Behandlung des Schuld- und Sachenrechts die Rolle der Sachenrechte bei geschäftlichen Transaktionen und bei der staatlichen Regulierung marginalisiert hat. Die Vermeidung der hohen Kosten für die dingliche Publizität war die einzige Rechtfertigung für den *numerus-clausus*-Grundsatz der Sachenrechte. Wenn also die Technologie diese Kosten im Wesentlichen so weit reduziert hat, dass es schwierig wird, einen Grundsatz zu legitimieren, der die Vertragsfreiheit erheblich einschränkt, ist es nur eine Frage der Zeit, bis eine Reform erfolgen wird. An diesem Punkt sind wir auch bereit, uns mit den theoretischen blinden Flecken auseinanderzusetzen, die in der sogenannten Savigny'schen 4A-Dogma-

[8] Die deutsche Übersetzung der Gliederung des Großen ZGB ist abgedruckt in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen, 2022, 111–116.

tik (d. h. Autonomie, Autarkie, Absolutheit und Abstraktheit des Sachenrechts) verborgen sind,[9] wie beispielsweise die „Derelationalisierung" der beschränkten dinglichen Rechte, die dazu führt, dass dingliche Rechte und Forderungen als wesentliche Transaktionsoptionen konzeptionell nicht auf derselben Basis vergleichbar gemacht werden und zu einem zu engen Begriff der Gegenstände von Sachenrechten führen.

Ich persönlich glaube, dass nach einer Rückbesinnung auf das Wesen der Vermögensverhältnisse, die den dinglichen Rechten und Forderungen gemeinsam sind, und nach der Bestätigung, dass die Kosten für die Publizität dinglicher Rechte durch die neuen Technologien erheblich gesenkt werden können, eine offene Gestaltung der Arten und Inhalte der dinglichen Rechte der Weg ist, den das zivile Vermögensrecht einschlagen muss, um den normativen Erfordernissen des neuen Zeitalters zu entsprechen. Wenn der Begriff des Sachenrechts von der Herrschaft und der Zuordnung auch auf das mit dem Recht entstehende und übertragene Schuldverhältnis (dingliche Obligation) ausgedehnt werden kann, werden die beiden Rechte, die immer für selbstverständlich gehalten wurden, noch makelloser miteinander verbunden und sogar die Dichotomie des Rechtsgeschäfts Verpflichtung – Verfügung kann klarer definiert werden. Ganz zu schweigen davon, dass der Begriff der Sache aus einem höheren gemeinsamen Faktor als dem der beweglichen und unbeweglichen Sachen extrahiert werden kann: nicht eintragungsfähiges/eintragungsfähiges Eigentum, wobei wichtige Vermögensverhältnisse wie Rechte an geistigem Eigentum gemeinsam kodifiziert werden können.

2. Eine sechsteilige Hauptstruktur auf der Grundlage der Trennung rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Verhältnisse

Die zuvor bestehende Struktur der Trennung von Schuld- und Sachenrecht wird durch eine Hauptstruktur der Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnissen ersetzt, die jeweils persönliche und dingliche Rechtsverhältnisse regeln. Sodann werden mithilfe der Ausklammerungstechnik allgemeine Regeln über die gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Verhältnisse geschaffen. Diese allgemeinen Regeln werden hinter dem allgemeinen Teil platziert und erfüllen ähnliche Funktionen wie die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts in dem Modell mit fünf Büchern, nur mit einem größeren Umfang, da sie auch sachenrechtliche Normen beinhalten, die durch den Allgemeinen Teil des Schuldrechts nicht erfasst werden. Ende des letzten Jahrhunderts wurde das Zivilrecht an vielen rechtswissenschaftlichen Fakultäten bereits so unterrichtet und bringt den Grundsatz der Privatautonomie, der das Große ZGB stets durchzogen hat, klarer zum Ausdruck. Die Bestimmungen über gesetzliche Verhältnisse verfolgen keinerlei regulatorische Absicht und sind lediglich Billigkeitsnormen zur Vervollkommnung der Privatautonomie.

---

[9] Vgl. *Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 1990, 115.

Mit anderen Worten sollen die „immanenten Grenzen“ der Privatautonomie zentral systematisch neu geordnet werden.

VI. Schlussbemerkungen

In meinen Augen gibt es drei Hauptprobleme, die dazu geführt haben, dass der Aufbau des System des chinesischen ZGB eher Rückschritte gemacht hat: erstens die Dauer, die die Kodifizierung in Anspruch genommen hat; zweitens die falsche Zuweisung politischer und fachlicher Entscheidungsbefugnisse; drittens fehlende Kenntnisse über die Tradition der Zivilgesetzbücher, die im kontinentaleuropäischen Rechtssystem aus einer gemeinsamen Akkumulation und getrennten Innovation bestehen, sodass die dogmatische Sukzession willkürlich unterbrochen und die Innovation des Systems vernachlässigt wurde.

Mit Blick auf die Zukunft muss nach dem Inkrafttreten des Gesetzbuches das Verfassen dogmatischer Werke aus diesem Anlass an Fahrt aufnehmen. Ich hoffe nach wie vor, dass meine Kollegen in Festlandchina das ZGB ernst nehmen, sich wieder auf systemische Fragen konzentrieren und sich auf dem Weg zu der nächsten Kodifizierungswelle umfassendere Gedanken machen. Dies ist die große Verantwortung, welche die Zeit den Zivilrechtswissenschaftlern auf beiden Seiten der Formosastraße auferlegt.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Su Yeong-Chin

Helmut Koziol

Herr Prof. Su hat in seinem ausgezeichneten Vortrag so viele wichtige Probleme überzeugend angesprochen, dass es schwierig ist, Themen zu finden, zu denen noch Anmerkungen gemacht werden können, die für die Zuhörer von Interesse sind. Ich kann daher nur hoffen, Sie mit den folgenden Bemerkungen nicht zu langweilen.

I. Kodifikationen – Fallrecht

Prof. Su hat zu Recht die Bedeutung der Ausarbeitung von Gesetzbüchern für die systematische Durchdringung des Zivilrechts betont. Er hält fest: „Systematisches Denken und Gesetzgebung als Rechtsquelle wurden zu den Hauptmerkmalen der Systeme des Civil Law und sind heute der einzige Grund für den Fortbestand der Gesetzgebungsform des Gesetzbuches.“ Davon ausgehend sieht er folgende Kriterien für die Bewertung des Gesetzbuches für entscheidend an: „Ob der Grad der Systematisierung von Gesetzbüchern die Rechtsfindung im Vergleich zu früher erleichtert, dadurch mehr Rechtsnormen für den künftigen Bedarf gesichert werden können und es dadurch eine klarere Normenabgrenzung in der Gesetzgebung und ein besseres Verständnis für die in der juristischen Ausbildung zu setzenden Schwerpunkte gibt.“

Diese Kriterien sind sicherlich höchst bedeutsam, ich würde aber gerne zur Unterstützung der positiven Bewertung von Kodifikationen durch Herrn Su noch einen „inneren“ Vorteil der Systematisierung und damit der Kodifikationen gegenüber dem Fallrecht hervorheben: Die mit Kodifikationen notwendig verbundene systematische Durchdringung des zu regelnden Rechtsgebietes begünstigt die Entwicklung eines *konsistenten Gesamtkonzepts*. Die Intensität der Durchdringung kann sicherlich durchaus unterschiedlich sein. Erfahrungsgemäß kann aber immerhin davon ausgegangen werden, dass die Ausarbeitung einer Kodifikation regelmäßig in jahrelanger Arbeit unter Beiziehung hervorragender Juristen und unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung erfolgt. Die Entwürfe werden auch meist noch einer

ausführlichen Prüfung und Diskussion im Parlament und in der Öffentlichkeit unterzogen. Auf diesem Weg wird immerhin weitgehend auch erreicht, dass Grundgedanken und Grundwertungen bis zu einem gewissen Grad gleichermaßen in allen Teilgebieten und in allen Einzelnormen berücksichtigt werden. Kodifikationen sind daher auf die Schaffung eines konsistenten Gesamtsystems eines Regelungsbereiches ausgerichtet; dieses Ziel wird zwar nie vollkommen, aber meist doch weitgehend erreicht. Indem sie bestrebt sind, Gleiches möglichst gleich und Ungleiches soweit als nötig unterschiedlich zu regeln, begünstigen Kodifikationen die Umsetzung des Gleichbehandlungsprinzips und dienen damit in entscheidendem Maße der Gerechtigkeit.

Ganz anders das Fallrecht im Common Law: Der Richter entscheidet unter Berücksichtigung von Einzelfallentscheidungen. Er hat dann, wenn keine einschlägige Vorentscheidung vorhanden ist, selbst aus den vorhandenen Entscheidungen allgemeinere Regeln zu entwickeln und diese auf den von ihm zu entscheidenden Fall anzuwenden.[1] *Markesinis*[2] betont daher, dass das Gesetzbuch „[…] often spares the German judge the trouble of having to do and formulate some of the basic thinking that his English colleague has to do for himself". Dem einzelnen Richter ist es im Rahmen seiner Tätigkeit aber sicherlich nicht im selben Ausmaß wie dem Gesetzgeber möglich, die gesamte Rechtsordnung systematisch zu durchdringen, ein konsistentes Gesamtkonzept zu entwickeln, und auf diesem Weg das Gleichbehandlungsprinzip umzusetzen. Die Rechtslehre kann nur in engen Grenzen helfend eingreifen, da sie nicht die Bindung der Richter an Vorentscheidungen lockern kann.

Dass der Richter bei Vorliegen einer Kodifikation von allgemeineren Regelungen ausgehen kann, fördert die Füllung von Lücken im Bereich der Einzelregelungen, erleichtert die Analogie und damit die Anpassung an neue Anforderungen. Anders im Common Law: Der Richter hat Vorentscheidungen heranzuziehen, muss also feste Regelungen anwenden, die für ganz spezielle Einzelfälle getroffen wurden und die allgemeinen Grundgedanken nicht ausdrücken, so dass eine Analogie nur in engem Rahmen leicht begründet werden kann.[3] Diese Bindung an sehr spezielle „Normen" ist wohl einer der Gründe, warum eine Fortentwicklung der Rechtsordnung höchst schwierig ist.

Das führt letztlich zu einem erstaunlichen Ergebnis: Man ist wohl geneigt anzunehmen, dass das Fallrecht zu einer elastischeren, die Fortentwicklung fördernden Rechtsprechung führt; es ist jedoch das Gegenteil der Fall. Das zeigt sich in folgendem Beispiel: Schon mehrere Jahrhunderte lang hatten fast alle Rechtsordnungen anerkannt, dass bei Mitverschulden des Geschädigten der Schaden von Schädiger

---

[1] Dazu *McGrath/Koziol*, Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? RabelsZ 48 (2014) 736 ff.

[2] *Markesinis/Unberath/Johnston*, The German Law of Contract² (2006) 12.

[3] *Deakin*, Law as Evolution, Evolution as Social Order, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Law in the context of Disciplines (2015) 45, zeigt die Schwierigkeiten sehr gut auf.

und Geschädigtem zu tragen ist und Ersatz daher nur für einen Teil des Schadens begehrt werden kann. Im Common Law wurde hingegen bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts an der alten unverständlichen Regelung festgehalten, dass der Geschädigte bei Mitverschulden seinen Anspruch zur Gänze verliert. Erst das Parlament beschloss mit der Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 die sachgerechte Schadensteilung.[4]

II. Kodifikation und Sonderprivatrechte[5]

Unter einer Kodifikation wird die zusammenfassende und abschließende systematische Regelung eines Rechtsgebiets in einem Gesetz verstanden. Der Code civile, das ABGB und BGB aber auch ZGB und OR in der Schweiz entsprachen zur Zeit ihrer Entstehung weitgehend dieser Definition. Heute finden sich allerdings neben diesen europäischen Kodifikationen unzählige Sondergesetze und dieser Befund gilt offenbar auch für das chinesische Recht: Prof. Su beklagt die unendliche Zahl von Sondergesetzen. Das ist eine bedauerliche Entwicklung. Das Verlassen der Idee der Kodifikation hat nämlich nicht bloß äußerliche Bedeutung und führt nicht bloß zu einer erschwerten Kenntnisnahme vom Recht durch die Rechtsunterworfenen. Es bringt vielmehr ein erheblich erhöhtes Risiko eines Gerechtigkeitsdefizites durch Vernachlässigung des Gleichbehandlungsprinzips mit sich. Das soll kurz am Beispiel des Verbraucherrechts gezeigt werden, das als rechtlicher Tsunami aus ideologisch-politischen Gründen weltweit die zivilrechtlichen Kodifikationen fast aller Rechtsordnungen mit zerstörerischer Wirkung überschwemmt hat. Das gilt, wie § 128 ZGB erkennen lässt, auch für das chinesische Recht.[6]

Zunächst ist es schon aus dem Gesichtspunkt der „*äußeren Systematik*“[7] verfehlt, ein besonderes Verbraucherrecht zu postulieren:[8] es ist in Wahrheit kein selbständiges Rechtsgebiet, sondern kann nur im Zusammenhang mit den allgemeinen privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte, über die Abschlussmängel, die Gewährleistung usw. angewendet werden.

Stellt man auf das „*innere System*“ ab, so ist festzustellen, dass die Auslagerung nicht selbstständiger Rechtsbereiche erheblich das Risiko vergrößert, zu übersehen, dass es sich um ein wesentlich allgemeineres Problem handelt, hier die Ungleichheit von Vertragspartnern, und daher auch eine allgemeinere Regelung erforderlich wäre. Die inhaltliche Problematik eines besonderen Verbraucherschutzrechts liegt auf der

---

[4] Vgl *Koziol*, Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law (2017) Rz. 1/16.

[5] Eingehend dazu *Franz Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 415 ff.

[6] Siehe dazu *Ebert*, Das reformierte Verbraucherschutzgesetz Chinas, Freilaw 2016, 97 ff.

[7] Zu den Begriffen „äußeres System“ und „inneres System“ siehe *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 1 ff.

[8] Siehe *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 721 ff.

Hand: Es scheint zwar verständlich, dass ein Kellner als Verbraucher bei Abschluss eines Kreditvertrages mit einer Bank als schutzbedürftig angesehen wird, aber warum soll ein Rechtsanwalt, der Maßschuhe erwirbt, als Verbraucher gegenüber dem Schuster als Unternehmer eines besonderen Schutzes bedürfen? Andererseits ist es nicht einsichtig, dass der kleine Marmeladeerzeuger als Unternehmer gegenüber den dominierenden Handelsketten keinen Schutz genießt, obwohl seine Existenz von dem Vertrieb durch diese abhängt. Das Verbraucherschutzrecht ist daher in zweierlei Richtung problematisch: Es gewährt einerseits Personen besonderen Schutz, die nicht schutzwürdig erscheinen; es verweigert andererseits Personen den besonderen Schutz, die durchaus schutzwürdig sind.

Die Hauptursache für diese doppelte Fehlsteuerung liegt darin, dass der Verbraucherbegriff nicht in der Lage ist, die Tatbestände, in denen eine besondere Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei gegeben ist, sachgerecht einzugrenzen. Die Kategorie der Verbraucher ist offenkundig eine überaus inhomogene Gruppe. Sie wird nämlich nur dadurch definiert, dass Personen, die keine Unternehmer sind, in Vertragsbeziehung zu einem Unternehmer treten. Damit wird jedoch auf ein Kriterium abgestellt, das für die Zuerkennung besonderer Schutzbedürftigkeit keinen nennenswerten Erkenntniswert hat. Abgesehen von den inhaltlich höchst unterschiedlichen Rechtsbeziehungen, sind auch die persönlichen und wirtschaftlichen Eigenschaften der Verbraucher und der Unternehmer, die für die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit von ausschlaggebender Bedeutung sein könnten, von einer unerschöpflichen Vielfalt, weil die gesamte Bevölkerung als Kunden am Rechtsverkehr teilnimmt. Wenn ein millionenschwerer Rechtsanwalt mit einem kleinen Handwerker einen Vertrag über Reparaturarbeiten in seiner Luxusvilla schließt, dürfte ziemlich offenkundig sein, dass nicht der Verbraucher des Schutzes gegenüber dem Unternehmer bedarf. Stellt die Verbraucherschutznorm jedoch auf ein für die Feststellung der Schutzbedürftigkeit letztlich unbrauchbares Kriterium ab und vernachlässigt sie die wahren Faktoren, die für die Schutzbedürftigkeit ausschlaggebend sind, so wird unweigerlich sowohl gegen den Grundsatz verstoßen, dass Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf, als auch gegen das Prinzip, dass Gleiches gleich zu behandeln ist. Das kann nicht ohne weiteres lediglich mit dem Hinweis auf die Rechtssicherheit gerechtfertigt werden; die Verbrauchereigenschaft könnte lediglich als ein Indiz für eine besondere Schutzbedürftigkeit gewertet werden.[9]

Für die Lösung des eigentlichen und sehr grundlegenden Regelungsproblems sind vor allem zwei Kriterien maßgebend: Einerseits geht es um die Berücksichtigung der Beeinträchtigung der interessengerechten Ausübung der Privatautonomie durch ein Informationsgefälle, das eben nicht nur zwischen Verbraucher und Unternehmer besteht, sondern auch – oder sogar noch mehr – zwischen kleinen Erzeugern und Groß-

---

[9] Siehe *H.P. Westermann*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978) 150; *Koziol*, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite? AcP 188 (1988) 201; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 732 f.

betrieben. Andererseits spielt der verdünnte Wille, also die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit durch das Informationsgefälle und die wirtschaftliche Übermacht des Partners eine entscheidende Rolle, die ebenfalls nicht auf die Beziehung Verbraucher – Unternehmer beschränkt ist.

Die Verselbständigung des Verbraucherschutzrechts und die damit verbundene Erweckung des Anscheins, mit dem Schlagwort „Verbraucherschutz" könne jegliche Regelung gerechtfertigt werden, die den Verbrauchern zusätzlichen Schutz verschaffe, hat auch insofern verheerende Wirkung, als damit die Vernachlässigung von den im allgemeinen Privatrecht zum Ausdruck kommenden Grundwertungen zu rechtfertigen versucht wird.

Ein eindrucksvolles Beispiel lieferte der Europäische Gerichtshof mit dem Urteil in den Rechtssachen Gebr. Weber und Putz:[10] Nach Ansicht des Gerichtshofs umfassen im Falle der Lieferung mangelhafter Ware die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche eines Verbrauchers auch Mangelfolgeschäden, nämlich die Kosten des Ausbaus der mangelhaften und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Sache; sonstige Mangelfolgeschäden des Erwerbers sind jedoch auch nach Ansicht des EuGH von der Gewährleistung nicht gedeckt. Da es bei den Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau des Ersatzgegenstandes nicht mehr um einen Teil der im Äquivalenzverhältnis stehenden Leistungen geht, ist es schon vom Grundgedanken her verfehlt, derartige Kosten von den Gewährleistungsrechten erfassen zu lassen, die auf die Herstellung des von den Parteien angestrebten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet sind.[11] Es geht nicht um die Erbringung der versprochenen Leistung selbst, sondern um die Tragung von Folgeschäden, die erst durch die mangelhafte Leistung ausgelöst wurden, so dass es keinen ausreichenden Grund gibt, die Schadenstragung ohne Rücksicht auf jegliche Zurechnungsgründe, insbesondere des Verschuldens, dem Händler aufzuerlegen. Es ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Einräumung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten, also von Mangelfolgeschäden, ein Grundanliegen unserer Rechtsordnung massiv missachtet, und zwar jenes, dass die Rechtsfolgen und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen müssen: Dies ist eines der Kriterien für ein konsistentes, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und damit dem fundamentalen Gedanken der Gerechtigkeit entsprechendes Gesamtsystem.[12]

---

[10] EuGH 16.6.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09. Kritisch zu dieser Entscheidung *St. Lorenz,* Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2042; *Karner/Koziol,* Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten (2012) 28 ff. mit weiteren Nachweisen.

[11] Dazu *F. Bydlinski,* System und Prinzipien 181 f; vgl. auch *Hassemer,* Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen (2007) 271 ff.

[12] Siehe *Koziol,* Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz. 2/90.

Ähnliche Wertungswidersprüche werden durch andere Sondergesetze in das Gesamtsystem eingeschleust; es sei hier lediglich auf das Produkthaftungsgesetz[13] hingewiesen.

III. Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit

Die Wahl der *Methode der Normsetzung* ist für eine Kodifikation von ausschlaggebender Bedeutung.[14] Einerseits ist heute die Tendenz feststellbar, vereinfachend auf *einen* Aspekt abzustellen, was zu einseitigen, strikten und damit oft unangemessenen Regelungen führt. Andererseits ist eine zunehmende Neigung zu erkennen, wohl auch im chinesischen Recht, immer kompliziertere, höchst detaillierte, auf eine Vielzahl von Sachverhalten und Entscheidungskriterien abstellende Normen zu formulieren. Es wird angenommen, dass die Einzelfälle umso gerechter entschieden werden können, je feiner die Differenzierung der Tatbestände durchgeführt wird und umso mehr dadurch auf Unterscheidungen eingegangen werden kann. Dieses Streben nach Vollständigkeit ist – wie die Erfahrung lehrt – vergeblich. Überdies sind selbst in hochentwickelten Rechtskulturen Theoretiker und noch weniger Richter in der alltäglichen Hektik nicht mehr in der Lage, den Differenzierungen ausreichend Rechnung zu tragen. Wir sollten uns nicht der Erkenntnis verschließen, dass sogar Angehörige der Höchstgerichte zunehmend außer Stande sind, die fein ziselierten Normen des Privatrechts in einer schlüssigen, sachgerechten Weise anzuwenden. Es muss offen die Frage gestellt werden, wie weit die Ausdifferenzierung unserer Rechtsordnung vorangetrieben werden kann, ohne die gleichmäßige, nachvollziehbare Anwendung durch die Gerichte zu gefährden. Dabei spielt es auch eine Rolle, dass Differenzierungen von Rechtsfolgen oft an die Unterscheidung von Sachverhaltsvarianten geknüpft werden, die kaum beweisbar sind.

Keinen ernst zu nehmenden Ausweg bietet die leider häufige anzutreffende Neigung, Leerformeln zu verwenden, etwa auf Billigkeit, Treu und Glauben usw. zu verweisen, ohne irgendwelche Anhaltspunkte zu geben, was darunter zu verstehen ist. Zu betonen ist aber auch, dass die Formulierung von scheinbar festen Regeln keine Abhilfe bietet. Wird etwa von der Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung gesprochen, ohne näher zu sagen, ob darunter Erfolgs- oder Verhaltensunrecht zu verstehen und ohne Hinweise zu bieten, wie das Unrecht zu ermitteln ist, so würde durch die Verwendung derart unbestimmter Rechtsbegriffe lediglich eine nicht weiterführende Schein-Bestimmtheit der Norm erreicht werden, die keinen Fortschritt bringt.

---

[13] Dazu *Koziol*, Comparative Conclusions, in: Koziol/Green/Lunney/Oliphant/Yang (Hrsg.), Product Liability. Fundamental Questions in a Comparative Perspective (2017) 499 ff.

[14] Zur Bedeutung für den Erfolg einer Rechtsangleichung siehe *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union (2017) 506 ff.

Die Vorteile und Nachteile unterschiedlicher Regelungstechniken zeigen sich anschaulich bei einem Vergleich des österreichischen ABGB und des deutschen BGB:[15] Das ABGB regt mit seinen überwiegend generellen und flexiblen Regeln die Gerichte nicht dazu an, das Gesetzesrecht beiseite zu schieben; die Richter nutzen eher den vom Gesetz gewährten großzügigen Spielraum kaum aus. Das wesentlich eingehendere, aber damit auch starrere Normen enthaltende BGB, zwang die deutschen Richter – meist mit Zustimmung der überwiegenden Lehre – immer wieder, dem zu engen Korsett mancher Normen des BGB zu entkommen, um interessengerechte Lösungen zu ermöglichen und den Wandlungen der Gesellschaft entsprechen zu können. Erleichtert wurde dies durch eine „Flucht in die Generalklauseln“,[16] die auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder die Sittenwidrigkeit (§ 826 BGB) abstellen. Die Durchbrechung der starren Regeln führte nicht selten zu einem offenen, methodisch bedenklichen, aber dennoch geleugneten Widerspruch mit den gesetzlichen Wertungen.[17] Der Rechtssicherheit wurde somit letztlich durch den Versuch, den Richter durch feste Normen stärker zu binden, kein guter Dienst erwiesen – es wurde das Gegenteil erreicht.

Diese methodisch anfechtbare Vorgangsweise dürfte darüber hinaus ganz allgemein zu einem bedenklich lockeren Verhältnis des BGH zu den gesetzlichen Bestimmungen und Wertungen verleitet haben. Das hat dazu geführt, dass der deutsche BGH insgesamt erheblich großzügiger mit dem präziseren Gesetz und dessen Wertungen umgeht als der österreichische OGH,[18] der im elastischeren ABGB ausreichende Spielräume findet. Das Ergebnis, dass die starke Bindung des Richters durch detaillierte, feste Normen letztlich zu einer größeren Rechtsunsicherheit führt, ist bei näherer Überlegung keineswegs überraschend, sondern durchaus vorhersehbar: Ein Gesetzgeber, der meint, er könne für die Zukunft die Lösung aller auftretenden Fragen im Detail regeln, überschätzt maßlos seine Fähigkeiten und handelt lebensfremd. Damit ist keineswegs ein Vorwurf subjektiver Unfähigkeit gemeint, sondern es soll damit nur die erfahrungsgemäß unentrinnbare Tatsache angesprochen werden, dass es keinem Gesetzgeber möglich ist, in die Zukunft zu sehen, die Entwicklungen im gesellschaftlichen und technischen Bereich vorauszuahnen und für das Unerkannte vorzusorgen. Ein Gesetzgeber, der dies dennoch versucht, ist letztlich zum Scheitern verurteilt und er kann Abhilfe nur durch in kurzen Abständen nötige Novellierungen

---

[15] Vgl. schon *Koziol*, Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Österreich, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft II (2000) 959 ff.

[16] Siehe dazu *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklausel (1933); vgl. auch *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 (1956).

[17] Dazu *Koziol*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. – Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa? AcP 212 (2012) 1 ff.

[18] Ein eindrucksvolles Beispiel dafür bietet die Anerkennung einer publizitätslosen Sicherungsübereignung in Deutschland, die in anderen Ländern – erfreulicherweise wohl auch in China – abgelehnt wird und in Österreich als Schulbeispiel für eine unzulässige Umgehung der pfandrechtlichen Bestimmungen dient; siehe dazu *Koziol*, AcP 212 (2012) 27 ff.

schaffen, wenn er der wenig attraktiven Alternative von nicht sachgerechten Entscheidungen von Einzelfällen oder Missachtung des Gesetzes entkommen will. Es ist allerding gar nicht möglich, den Gesetzgeber zu den nötigen Anpassungen zeitgerecht zu bewegen, da er weitgehend von politischen Zwängen und daher auch politischem Opportunismus gelenkt wird. Die notwendigen Weiterentwicklungen könnte nur die Rechtsprechung leisten, und diese kann die Anpassung lediglich dann in legitimer Weise leisten, wenn ihr der Gesetzgeber den nötigen Spielraum einräumt. Es zeigt sich die Schwierigkeit, die beiden gleichrangigen Prinzipien der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit zur vollen Entfaltung zu bringen, ohne dass das eine das andere beeinträchtigt.

Es wurde von mir schon des Öfteren angesprochen,[19] dass die Berücksichtigung der von *W. Wilburg*[20] entwickelten Gedanken geeignet ist, zu einem Mittelweg zu führen, der die Erreichung des angestrebten Zieles erheblich näher bringen kann. Ich fasse seine Gedanken kurz zusammen: Die Vielfalt der zu berücksichtigenden Interessen führt auch zu einer *Pluralität* der voneinander unabhängigen Wertungen und Zwecke, die vom Normsetzer als für ein Rechtsgebiet maßgebend erachtet werden; größere Rechtsgebiete können nicht auf ein einziges Rechtsprinzip zurückgeführt werden. Das *Wilburgsche* System ermöglicht die Umsetzung dieser schon weit verbreiteten Erkenntnis.

Ferner ist die Abstufbarkeit der maßgebenden Kriterien zu berücksichtigen. So kann etwa die Gefährlichkeit oder auch das Verschulden selbstverständlich in verschiedener Stärke gegeben sein. Die Rechtsfolgen in einem Einzelfall werden dementsprechend durch die komparative Stärke der Elemente in ihrem Zusammenspiel bestimmt. Zu betonen ist, dass nicht nur die Abstufungen der maßgebenden Elemente bei der Festlegung der Rechtsfolgen zu beachten ist, sondern auch die Abstufbarkeit der Rechtsfolgen selbst.

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist noch klarzustellen, dass es *Wilburgs* Ideen widerspräche, wenn es der Entscheidung des Rechtsanwenders überlassen bliebe, nach seinem Belieben die zu berücksichtigenden Faktoren zu bestimmen.

---

[19] *Koziol*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZEuP 1996, 587; *derselbe*, Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? Am Beispiel des Schadenersatzrechts von ABGB, Code civil und BGB, FS 200 Jahre ABGB I (2011) 469; *derselbe*, Das bewegliche System. Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ (Austrian Law Journal) 2017, 160 (http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/111).

[20] *W. Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); *derselbe*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346. Seine Ideen wurden vor allem von *Franz Bydlinski*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger (Hrsg.), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 21; *demselben*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991) 529 ff; *demselben*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer *Makrodogmatik*, JBl 1996, 683, weiterentwickelt. Jüngst erschien eine eingehende Monographie zu Wilburgs Lehre: *Paas*, Das bewegliche System (2021).

Wilburg geht es vielmehr darum, dem Richter keine freie Entscheidung einzuräumen, sondern bloß ein „gelenktes Ermessen". Nach seinem Verständnis ist es ganz entscheidend, dass die zu berücksichtigenden Faktoren vom Gesetz genannt und umschrieben werden, zumindest aber aus dem Gesetz ableitbar sein müssen.

IV. Sachenrecht und Güterzuordnungsrecht[21]

Vermutlich zum Leidwesen meiner deutschen Kollegen komme ich nun zu einem weiteren Thema, bei dessen Diskussion nicht ausschließlich auf das deutsche Recht Bedacht genommen werden sollte, sondern auch ein Blick auf das altehrwürdige, naturrechtlich geprägte ABGB der nützlichen Horizonterweiterung förderlich wäre.

Nach § 115 des chinesischen ZGB umfasst der Begriff Sache sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen. Damit sind wohl eindeutig nur körperliche Sachen gemeint, so dass Übereinstimmung mit dem deutschen BGB (§ 90) besteht. Das ZGB fügt allerdings noch hinzu: „Soweit Gesetze bestimmen, dass Rechte Gegenstand dinglicher Rechte sind, so gelten diese Bestimmungen." Dies ist etwa für Pfandrechte an Rechten bedeutsam.

Damit steht das chinesische so wie das deutsche Recht in deutlichem Gegensatz zum österreichischen Recht. § 285 ABGB normiert einen sehr weiten Sachbegriff:[22] „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt." Damit wird Sache und Rechtsgegenstand gleichgesetzt; es werden alle Vermögensgüter und ideellen Güter erfasst. Sache ist eben alles, was Gegenstand eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes sein kann.[23]

Durch den weiten Sachbegriff vermeidet das ABGB gewichtige Schwierigkeiten, die das BGB durch seinen engen Sachbegriff verursacht:[24] *Wendehorst*[25] macht darauf aufmerksam, dass die Verengung des Sachbegriffs zu einer bedenklichen Verengung der Sichtweise führte: „Die endgültige Entscheidung des BGB gegen so etwas wie unkörperliche Sachen bedeutete also nicht nur eine Veränderung des begrifflichen Abstraktionsniveaus, sondern zugleich eine Ausblendung aller nicht kör-

---

[21] Dazu *Koziol*, Sache, Eigentum und persönliche Sachenrechte: vernachlässigte dogmatische Schätze des österreichischen ABGB? Überlegenswerte Anregungen für künftige Kodifikationen, in: Canaris-FS (2017) 1087 ff.; eine Übersetzung ins Chinesische durch *Ye Jinqiang* erschien in: Nanjing University Law Review 2018, 111.

[22] Siehe *Gabriele Koziol/Helmut Koziol*, Austrian Private Law (2017) Rz. 141.

[23] *Armin Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2² (1957) 2.

[24] *Stabentheiner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg.), 3. Auflage des von H. Klang begründeten Kommentars zum ABGB (zitiert Klang³), §§ 285–352 (2011) § 285 Rz. 4; *G. Koziol/H. Koziol*, Austrian Private Law Rz. 143 f.

[25] *Wendehorst*, Rechtsobjekte, in: Alexis (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 104 (2005) 72. Vgl. auch *Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990) 116 ff.

perlichen Rechtsobjekte aus der weiteren Betrachtung. Die allgemeinere Frage, was denn eigentlich ein Rechtsobjekt im Gegensatz zu anderen rechtlichen Phänomenen ausmacht und welche dogmatischen Konsequenzen an die Qualifizierung als Rechtsobjekt geknüpft sind, geriet in den Hintergrund.“ Daher kommt es zu den mühsamen Diskussionen über die genaue Grenzziehung des engen Sachbegriffs, etwa wenn es um die Einordnung von Elektrizität, Software oder eines Unternehmens, zu dem auch unkörperliche Güter gehören, geht.[26] Ferner ist die Füllung der Regelungslücke, die für andere Rechtsgegenstände besteht, die weder zu den körperlichen Gegenständen noch zu den gesondert geregelten Forderungsrechten zählen, erschwert, da übergeordnete Regeln und damit Grundgedanken, die für alle Rechtsgegenstände Geltung haben, fehlen. Diese Probleme sind durchaus von praktischer Bedeutung, und zwar in wirtschaftlich höchst relevanten Bereichen: Im deutschen Recht stellt sich beispielsweise die Frage, nach welchen Regeln urheberrechtliche Lizenzrechte übertragen oder verpfändet werden können, da sie keine körperlichen Sachen, aber auch keine gesetzlich geregelten Forderungsrechte sind.[27]

Der österreichische Sachbegriff erfasst hingegen *alle Rechtsgegenstände*. Damit ist sicherlich noch keine Ideallösung gefunden, da die Schwierigkeit besteht, im Einzelfall feststellen zu müssen, welche der Regeln wie weit anwendbar sind, insbesondere in welchem Ausmaß die vorwiegend auf körperliche Sachen zugeschnittenen Bestimmungen auf andere Sachen anwendbar sind. Vorteilhaft ist aber jedenfalls, dass immerhin ansatzweise generell einzuhaltende Grundsätze vorhanden sind und diese nicht erst aus den widersprüchlichen Regeln für Teilbereiche abgeleitet werden müssen.

Das ABGB bietet damit Ansatz für ein *allgemeines Rechtsgüterrecht*. Das ist ein höchst moderner Ansatz, der etwa weitgehend den Reformvorschlägen von *Wieacker*[28] entspricht, der zwar nicht für ein umfassendes, auch die immateriellen Güter einschließendes Recht, wohl aber immerhin für ein einheitliches Vermögensrecht eingetreten ist. Eine Zusammenfassung aller Rechtsgüter erscheint sinnvoll, da alle notwendigerweise einer *Zuordnung* zu einem Rechtssubjekt bedürfen. Ferner besteht Bedarf für eine allgemeine Regelung der Wirkungen einer solchen Zuordnung. Dabei geht es nicht nur um die Einbeziehung etwa der Forderungsrechte in die Rechtsgüterordnung, sondern es kann auch berücksichtigt werden, dass das Vermögen als Gesamtheit oder das Know-how, Erfindungen, Daten sowie Betriebsgeheimnisse Gegenstand des Rechtsverkehrs sind. Bei der Regelung der Rechtsgüter als Gegenstände des Rechtsverkehrs geht es vor allem um die Verfügungsmöglichkeit,

---

[26] Siehe dazu beispielweise *Peter Bydlinski*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig? AcP 198 (1998) 287 ff.

[27] Dazu *Gabriele Koziol*, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011) 13 ff.

[28] *Wieacker*, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, Deutsche Rechtswissenschaft 1941, 61 ff. = Wollschläger (Hrsg.), Franz Wieacker. Zivilistische Schriften (1934–1942) (2000) 349 ff.; *derselbe*, Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941) 26 ff.

also die Übertragbarkeit, sowie die Voraussetzungen und Wirkungen von Verfügungen. Das hat nicht nur didaktische Vorteile, indem Übereignung und Zession nicht völlig getrennt einerseits im Sachenrecht, andererseits im Schuldrecht dargestellt werden; hingegen die Verpfändung der Forderungen nur im Sachenrecht erörtert wird. Die Zession einer Forderung kann wohl überhaupt nur verstanden werden, wenn sie als dem Gläubiger zugeordnetes Vermögensgut, somit als Rechtsgegenstand, verstanden wird und nicht bloß als eine Beziehung des Gläubigers zum Schuldner, die auf Erbringung einer Leistung gerichtet ist. Der umfassende Sachbegriff des ABGB fördert damit ohne Zweifel die Erkenntnis, dass nicht nur die Rechte an körperlichen Sachen und die Persönlichkeitsrechte, sondern auch andere Güter *zugeordnet* sind und deshalb auch einen gewissen Schutz gegen Eingriffe Dritter genießen. Damit wird der starre Gegensatz „umfassender Schutz" und „keinerlei Schutz" sachgerecht aufgelockert und eine Abstufung entsprechend der Art des Gutes und umfassender Interessenabwägungen der Weg geebnet.

Diese Frage der Zuordnung spricht das ABGB mit dem weiten Eigentumsbegriff an, der eine Konsequenz des weiten Sachbegriffs ist. § 353 ABGB hält fest: „Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigentum." Daher kennt das ABGB z. B. auch einen „Eigentümer der Forderung" (§§ 427, 1424).[29] § 354 ABGB bestimmt ferner: „Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden anderen davon auszuschließen." Es besteht jedoch Einigkeit, dass diese auf körperliche Sachen zugeschnittene Regel nicht uneingeschränkt auf das Eigentum an unkörperlichen Sachen anwendbar ist,[30] sondern zwischen einem *Eigentum im engeren und einem im weiteren Sinn* zu unterscheiden[31] und letzteres mit der *Rechtszuständigkeit* gleichzusetzen ist.[32]

Damit wird deutlich gemacht, dass Forderungen wie alle subjektiven Rechte notwendig einer bestimmten Person zustehen. In dieser Zuordnung einer Rechtsposition liegt zugleich der Ausschluss aller anderen Personen; ihr kommt somit notwendigerweise auch ein absoluter Schutz gegenüber Dritten zu.[33] Das ist eine Erkenntnis, die vom ABGB sehr nahe gelegt wird und daher weitgehend anerkannt ist.[34] Im deut-

---

[29] Die Befürchtung, dass das Konzept des ABGB auch dazu führen müsse, dass von einem Eigentumsrecht am Eigentumsrecht gesprochen werden könne, trifft nicht zu, siehe *Koziol*, Canaris-FS 1093 f.

[30] *Leupold* in Klang³ § 353 Rz. 4.

[31] *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1² (1951) 131, System I/2², 126; *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz. 913.

[32] *Leupold* in Klang³ § 353 Rz. 4.

[33] Dazu *Canaris*, Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB, Steffen-FS (1995) 90 ff.; *Picker*, Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, Canaris-FS (2007) 1017 ff.; *derselbe*, Systemdenken im Haftungsrecht, Klamaris-FS (2016) 558 ff. Gegen diese Argumentation *Hammen*, Die Forderung – ein „sonstiges Recht"? AcP 199 (1999) 599 f.

[34] *Bollenberger* in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁶ (2020)

schen Recht bereitet sie hingegen Schwierigkeiten, weil das BGB einen derartigen Rechtsschutz nicht vorgesehen hat; die absolute Wirkung der Rechtszuständigkeit wird deshalb trotz zwingender Ableitung durch *Canaris*[35] von manchen noch immer bestritten.[36]

Da die Zuordnung von allen Sachen, also allen Rechtsgütern, stets durch das Eigentumsrecht erfolgt, ist auch davon auszugehen, dass die „Rechtlichen Erfordernisse der Erwerbung“ des Eigentums sich stets nach der allgemein formulierten Regel des § 380 ABGB richten, soweit keine Sonderregel vorhanden ist. Im deutschen Recht, das lediglich die Verfügung über körperliche Sachen und Forderungsrechte regelt, besteht eine gewisse Unklarheit; es wird etwa davon ausgegangen, dass für die Übertragung von Lizenzrechten die Regeln über die Forderungsabtretung gelten, bei Verpfändung jedoch nicht einmal die für die Verpfändung von Forderungsrechten vorgesehenen Publizitätsvorschriften entsprechend anzuwenden sind.[37]

V. Berücksichtigung von Übergängen zwischen den Rechtsgebieten

Prof. Su betont das enge Verhältnis zwischen Sachen- und Schuldrecht und äußert sich kritisch zu deren getrennter Behandlung im ZGB (S. 24 und 36 f.). Das naturrechtliche ABGB bietet durch seine oft für veraltet gehaltene Gliederung eine deutliche Unterstützung der Ansicht von Prof. Su und eine wertvolle Anregung, die in modernisierter Form durchaus Beachtung bei Kodifikationen finden sollte, auch in einer chinesischen Kodifikation.

Gemäß § 14 ABGB enthält das Gesetzbuch „das Personenrecht, das Sachenrecht und die denselben gemeinschaftlich zukommenden Bestimmungen.“ Vom Schuldrecht ist erstaunlicherweise nicht die Rede, doch ist es selbstverständlich Teil des ABGB: Das Sachenrecht wird nämlich in das dingliche und in das persönliche Sachenrecht unterteilt. Wie *Zeiller*[38] klarstellt, wird das dingliche Recht auch schlechthin Sachenrecht, und das persönliche Sachenrecht als Recht der Forderungen genannt. Die Bezeichnung „persönliches Sachenrecht“ und die ihr entsprechende Gliederung beruht auf der Vorstellung, dass durch einen Vertrag ein persönliches Recht gegen den Vertragspartner auf eine Sache begründet wird. Damit macht das ABGB deutlich, dass Sachenrecht und Schuldrecht nicht zwei streng getrennte Rechtsgebie-

---

§ 859 Rz. 16; *Koziol,* Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018) Rz. A/2/193 ff; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB4 (2014) § 859 Rz. 63.

[35] *Canaris*, Steffen-FS 85.

[36] Siehe etwa *Medicus*, Die Forderung als „sonstiges Recht“ nach § 823 Abs 1 BGB, Steffen-FS (1995) 333.

[37] Siehe *Gabriele Koziol*, Lizenzen 105.

[38] *Von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I (1811) 91 f.

te sind, sondern eng miteinander verknüpft sind und fließend ineinander übergehen.[39]

Die Stärke des ABGB-Systems liegt m. E. darin, dass es mit dem Sachenrecht, das auch das persönliche Sachenrecht umfasst, die Idee eines allgemeinen Güterrechts umsetzt. Bedeutsam ist meines Erachtens, dass das ABGB den Grundgedanken der *Zuordnung* der Güter betont und dabei auch die „*persönliche*", bloß relative, über ein Schuldverhältnis durch den Schuldner vermittelte Zuordnung einer Sache einbezieht. Mit dieser Grundidee können so manche Rechte des Gläubigers, etwa auf Naturalerfüllung, erklärt werden und sie kann ferner insbesondere für die Begründung des Anspruches auf das stellvertretende Commodum fruchtbar gemacht werden.[40]

Das Grundkonzept des ABGB macht aber auch deutlich, dass die persönliche Zuordnung sozusagen ein erster Schritt ist, zu dem ein zweiter Schritt hinzutreten muss, um dem Gläubiger eine umfassende, *dingliche Zuordnung* zu verschaffen, die gegenüber jedermann wirkt. Dieser Gedanke findet auch seinen Ausdruck in § 425 ABGB, der ausdrücklich festhält: „Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetz bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden." Damit wird klargestellt, dass das obligatorische Recht nicht in ein dingliches umgewandelt wird, sondern dass es um zwei Stufen der Zuordnung geht, sozusagen um die Vollendung der Zuordnung, wobei diese Vollendung verschieden weit gehen kann. Das ABGB betont dadurch die eigentlich selbstverständliche Zusammengehörigkeit von schuldrechtlichem Grundgeschäft und Verfügungsgeschäft.

Damit spannt das ABGB einen weiten Bogen von der mittelbaren, lediglich schuldrechtlichen und damit nicht umfassend gegenüber Dritten wirksamen Zuordnung durch die persönlichen Sachenrechte, bis zur umfassenden unmittelbaren, dinglichen und damit grundsätzlich gegen Dritte wirkenden, also absoluten Zuordnung. Es weist auf diese Weise deutlich darauf hin, dass es *Güterzuordnungen mit sehr unterschiedlichen Wirkungen* gibt.[41] Die Funktion der Güterzuordnung wird somit sowohl schuldrechtlichen Beziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten als auch sachenrechtlichen Beziehungen zu einer Sache ohne Zwischenschaltung einer Person zugesprochen.

Mit der Betonung dieser *Gemeinsamkeit* macht das ABGB deutlich, dass es nicht von einem klaren Trennstrich zwischen Schuldrecht und Sachenrecht ausgeht. Es bietet auch eindeutige Anhaltspunkte für die „Grenzenlosigkeit" zwischen der Zuordnung durch „persönliche Sachenrechte" und durch dingliche Sachenrechte, in-

---

[39] Das wird vielfach betont, siehe z. B. *F. Bydlinski,* System und Prinzipien 323 ff.; *Koziol*, Canaris-FS 1096 ff.

[40] Dazu grundlegend *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen (1999) insbesondere 103 ff., 112 ff., 119 ff., 146 ff., 157 ff.

[41] Darauf macht auch *Klang* in Klang II^2 52 aufmerksam; ebenso *Kisslinger* in Klang^3 § 307 Rz. 8 ff.

dem es – bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen – *Kombinationen* anerkennt, bei denen zur „persönlichen“ schuldrechtlichen Zuordnung einer Sache eine vollständig oder begrenzt gegenüber Dritten wirkende Zuordnung hinzutritt.

Das Gesetz zuerkennt etwa dem Gläubiger in bestimmten Fällen selbst dann einen *partiellen Schutz gegenüber Dritten*, der sonst nur Inhabern dinglicher Rechte zukommt, wenn keines der anerkannten dinglichen Rechte begründet wurde. So genießt der Bestandnehmer (Mieter oder Pächter) neben seinen Benutzungsrechten gegenüber dem Vermieter auch einen Sukzessionsschutz und damit eine partielle dingliche Zuordnung gegenüber einem nachfolgenden Eigentümer der Bestandsache, wenn das Bestandrecht in das Grundbuch eingetragen wurde (§ 1095 ABGB). Wenn dennoch davon ausgegangen wird, dass durch die Verbücherung der Bestandvertrag nicht zu einem dinglichen Recht werde, so wird damit zutreffend klargestellt, dass lediglich eine Wirkung gegen Dritte zuerkannt wird, aber keines der anerkannten dinglichen Rechte mit vielfachen Außenwirkungen entsteht. Entsprechendes gilt auch für ein weiteres Beispiel der Zuerkennung einer Außenwirkung: Dem Käufer, dem die Sache schon übergeben, aber das Eigentum noch nicht übertragen wurde, steht gegen jeden schlechter Berechtigten die actio Publiciana (§ 372 ABGB) zu. In den Fällen der Anerkennung von „dinglichen Positionen“ mit Außenwirkungen sollte besser *nicht* von einer „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ gesprochen werden: Das „persönliche Sachenrecht“, also das obligatorische Recht bleibt selbstverständlich als reines Schuldrecht unverändert erhalten, es tritt lediglich neben die bloß „persönliche“ Zuordnung noch eine gegen Dritte wirkende, also absolute Zuordnung der Sache hinzu, die auch durchaus von geringerem Umfang sein kann als die persönliche Zuordnung. So kann etwa die dingliche Zuordnung bloß den Sukzessionsschutz betreffen.

Der Gedanke des ABGB, die schuldrechtliche Zuordnung als interne Vorstufe der sachenrechtlichen Zuordnung zu verstehen, sollte in künftigen Kodifikationen klar zum Ausdruck gebracht werden. Es wäre auch sinnvoll, noch deutlicher zu machen, dass die schuldrechtliche Zuordnung mit partiellen absoluten Außenwirkungen verbunden sein kann, wobei die sachenrechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen wären.

Übergänge und Zwischenbereiche gibt es aber auch sonst keineswegs selten, sie werden heute allerdings wegen des gewohnten „Schubladendenkens“ vielfach nicht ausreichend herausgearbeitet und es wird daher von scharfen Grenzziehungen ausgegangen, die zu abruptem Wechsel bei den Voraussetzungen und bei den Rechtsfolgen führen. Hinzuweisen ist auf die strikte Grenzziehung zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht, die bisher zum Beispiel eine allgemeine Anerkennung des Gewinnabschöpfungsanspruchs – der dem Immaterialgüterrecht bekannt ist – verhindert hat.[42] Ein weiteres Beispiel findet sich im Bereich zwischen Rechtsgeschäftsrecht und Schadenersatzrecht, in dem die beiden wesentlichen Prinzipien

---

[42] Dazu *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz. 2/25 ff.

der privatautonomen Selbstbindung des Vertrauensschutzes in unterschiedlicher Stärke zusammenwirken:[43] Die Kette führt von der rechtsgeschäftlichen Erfüllungshaftung über die vertrauensrechtliche Erfüllungshaftung und die schadenersatzrechtliche Erfüllungshaftung zur bloßen Haftung für den Vertrauensschaden.

Eine Berücksichtigung dieser und anderer Übergangsbereiche in den Zivilrechtskodifikationen könnte vor wenig sachgerechten scharfen Grenzziehungen und abruptem Wechsel bei den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen bewahren.

---

[43] Siehe *Koziol*, Von der rechtsgeschäftlichen Bindung zur Vertrauenshaftung, Iro-FS (2013) 81 ff; *derselbe*, Österreichisches Haftpflichtrecht I^4 (2020) Rz. A/75 ff.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Su Yeong-Chin

Xue Jun[*]

Es ist eine mir eine große Freude, zu dieser Tagung eingeladen zu sein. Es ist mir eine noch größere Ehre, mich mit Professor Su Yeong-Chin auszutauschen und über mein Verständnis seines Beitrags zu berichten. Die Werke von Professor Su Yeong-Chin haben unter den Zivilrechtswissenschaftlern auf dem Festland einen großen Einfluss. Seine Forschungen zur Kodifikation des ZGB werden von vielen Zivilrechtswissenschaftlern auf dem Festland anerkannt. Einige Unzulänglichkeiten der Kodifikation des chinesischen Zivilrechts, auf die Professor Su hinweist, hängen damit zusammen, dass manche seiner zukunftsweisenden Ansichten nicht angemessen berücksichtigt wurden. Dies scheint auch darauf hinzudeuten, dass seine Forschungsergebnisse in verschiedenen Aspekten bei der Kodifikation des chinesischen ZGB noch nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Dies sollte nicht übersehen werden, da es die Qualität der Kodifikation des chinesischen ZGB in gewissem Maße beeinträchtigt hat. Ich werde dieses Thema später noch erörtern.

Ich habe den Beitrag von Professor Su Yeong-Chin aufmerksam gelesen und seinem Vortrag zugehört und bin wie immer sehr beeindruckt und inspiriert. Ich pflichte seinen Kernansichten völlig bei. Als Professor für Zivilrecht befasst sich Professor Su Yeong-Chin seit langem mit der Zivilgesetzgebung und -theorie des Festlandes, und seine Forschungen sind nachhaltig und tiefgehend. Besonders hervorzuheben ist seine Fähigkeit, bei seinen einschlägigen Beobachtungen und Analysen eine objektive und neutrale Haltung einzunehmen. Nicht wenige Zivilrechtswissenschaftler auf dem Festland sind in ihren verschiedenen Analysen und Urteilen über das chinesische ZGB nicht so objektiv und neutral wie Professor Su, da sie die Perspektive derjenigen einnehmen, die es selbst erlebt haben. Nach der Kodifikation des ZGB herrschte unter den Zivilrechtsgelehrten auf dem Festland Stolz und Erfolgsgefühl. Sie wollten keine Kritik an diesem „Neugeborenen“ in der Welt der Gesetzbücher hören. Am Tag der Verabschiedung des chinesischen ZGB (28. Mai 2021) habe ich einen kurzen Kommentar verfasst, den ich auf meiner Social-Media-Seite veröffent-

[*] Aus dem Chinesischen übersetzt von Yuanshi Bu.

licht habe. Darin lobte ich das neue ZGB nicht so enthusiastisch wie die Anderen, sondern wies auf einige mögliche Probleme hin. Der Artikel löste bei einigen rechtswissenschaftlichen Autoritäten Unzufriedenheit aus. Sie haben unterschwellig und bei vielen Gelegenheiten sogar öffentlich behauptet, dass das chinesische ZGB ihr eigenes Kind sei, und wir wissen, dass es für niemanden angenehm ist, sein eigenes Kind zu kritisieren.

In gewisser Weise verstehe ich den Stolz der Rechtswissenschaftler auf dem Festland, und ich selbst habe mich auch äußerst auf die Verkündung dieses ZGB gefreut. Es ist jedoch kein Widerspruch, ein ZGB zu lieben und seine Vorzüge und Nachteile im Geiste wissenschaftlicher Rationalität zu analysieren. Es ist eine vollendete Tatsache, dass das chinesische ZGB bereits verkündet worden ist. Es wird für lange Zeit die gemeinsame Plattform für die zivilrechtliche Ausbildung, die Ziviljustiz und die zivilrechtliche Forschung in China sein. Die Bedeutung des chinesischen ZGB und sein Platz in der Rechtsgeschichte hängen im Grunde genommen von der Bedeutung und dem Einfluss der chinesischen Gesellschaft und der chinesischen Wirtschaftsmacht ab, welche Gegenstand seiner Regulierung sind. In Anbetracht der zahlreichen Besonderheiten der Gesellschaft und Wirtschaft Festlandchinas ist es m.E. nicht der richtige Zeitpunkt, um die künftige Rolle des neu geschaffenen ZGB zu bewerten. In der Zukunft wird es viele Variablen geben, die zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorhergesagt werden können. Die Geschichte wird uns letztendlich zeigen, ob das chinesische ZGB eine erfolgreiche Kodifikation ist oder nicht.

Dennoch ist es möglich und wünschenswert, ja sogar dringend notwendig, das System des chinesischen ZGB aus der Perspektive der „Kodifikationslehre", wie Professor Su betont, und aus einer relativ „technischen" Perspektive zu analysieren und zu bewerten. Das ist sehr sinnvoll. Meiner Meinung nach wird dieser Forschungsaspekt in erster Linie den künftigen Lehrplan für das Zivilrecht und die juristische Ausbildung direkt beeinflussen und sich dann über die Absolventen der juristischen Fakultäten schleichend auch auf die chinesische Zivilgesetzgebung und Justiz auswirken. Wenn wir zum Beispiel Zivilrecht unterrichten, stehen wir jetzt vor dem Problem, wie wir mit dem fehlenden „Allgemeinen Teil des Schuldrechts" im chinesischen ZGB umgehen sollen. Wenn die Mehrheit der chinesischen Zivilrechtsprofessoren sich in ihrer Lehre strikt an das System des ZGB halten würde, d.h. ihre Lehrwerke nach der Gliederung des ZGB verfassen und ihren Lehrplan gestalten würden, wird die künftige Generation chinesischer Jurastudenten in weniger als 10 Jahren schätzungsweise ein ähnliches Wissen über das „System des Schuldrechts" haben wie in den Common-Law-Ländern, d.h. sie werden etwa nur noch das Vertragsrecht, das Deliktsrecht, das Bereicherungsrecht und die Geschäftsführung ohne Auftrag kennen und diese Rechtskonzepte im Grunde genommen nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Obligation verstehen. Wenn aber Zivilrechtsprofessoren in ihrer Lehre nicht dem System des ZGB folgen, sondern ein System des Schuldrechts nach der kontinentaleuropäischen Tradition für den Lehrzweck konstruieren, stehen sie wiederum vor dem Problem, die Bestimmungen der ver-

schiedenen Teile des gerade in Kraft getretenen ZGB völlig durcheinander zu bringen und neu zusammenzusetzen. Dies wird zweifellos zu Verwirrung bei den Studenten führen.

Dies ist ein Paradebeispiel für eine Reihe von praktischen Problemen, die sich aus einer mangelhaften systematischen Anordnung des ZGB ergeben können. Solche Probleme treten nicht nur an der Stelle auf, welche von dem allgemeinen Teil des Schuldrechts betroffen ist. Beim Umbau der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ[1]) in den AT ZGB durch die Schöpfer des ZGB wurden ebenfalls viele ähnliche Probleme geschaffen. Eine grobe Recherche über die etablierten Lehrbücher über den AT Zivilrecht in Festlandchina wird wichtige Unterschiede zwischen dem System der Lehre des AT Zivilrechts und dem System, das derzeit im AT des ZGB dargestellt wird, aufzeigen. Warum gibt es dieses Phänomen? Auch hier lohnt es sich, dies aus der Sicht der Kodifikationslehre zu untersuchen.

In gewissem Sinne dürfte die erste wichtige Aufgabe der chinesischen Zivilrechtswissenschaftler nach der Kodifikation des ZGB in der Wiederherstellung des wissenschaftlichen Systems (und des damit verbundenen Systems in der Ausbildung) bestehen. Mit anderen Worten, die Erledigung der Aufgabe des Aufbaus des Zivilrechtssystems, die bei der Kodifikation des ZGB noch nicht erfüllt werden konnte, soll durch die Rekonstruktion des Systems der Zivilrechtslehre und -ausbildung vorangetrieben werden. Dazu muss jedoch eine Reihe von Fragen beantwortet werden, die die einschlägigen Voraussetzungen darstellen. So muss beispielsweise untersucht und analysiert werden, ob es ernsthafte Probleme bei der Systematisierung des chinesischen ZGB gibt und ob es unvollendet ist. Nachdem diese Frage geklärt ist, muss eine Diskussion darüber geführt werden, wie ein besseres System der Wissenschaft und Lehre auf der Grundlage der durch das chinesische ZGB geschaffenen Struktur aufgebaut werden kann. Wenn sich die chinesischen Zivilrechtswissenschaftler in dieser Hinsicht weitgehend einig sind, sollte man bedenken, dass in jeder Epoche „das mächtigste Recht dasjenige ist, das von den Juraprofessoren im Klassenzimmer gelehrt wird“. Es ist dann weniger wichtig, wie das gesetzlich festgelegte System des ZGB gestaltet ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Arbeit von Professor Su zukunftsweisend und von grundlegender Bedeutung.

Im Folgenden möchte ich aufgrund des Beitrags von Prof. Su und meiner eigenen Erkenntnisse einige Punkte zu den Fragen des Systems bei der Kodifikation des chinesischen ZGB ansprechen.

---

[1] Am 1.1.1987 in Kraft getreten, mit dem Inkrafttreten des CZGB aufgehoben, deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht 12.4.86/1.

I. Die wichtigsten Faktoren, die den Aufbau des chinesischen Zivilrechtssystems beeinflussen

Professor Su erwähnte, aber ich betone noch einmal, dass die derzeitige Struktur der Siebenteilung des chinesischen ZGB unter dem Einfluss vieler tatsächlicher Faktoren entstanden ist. Vereinfacht gesagt, folgt das chinesische ZGB in seinen Grundzügen einem Konstruktionsmodell des AT-BT, das entscheidend vom deutschen Pandektensystem beeinflusst ist. Die Notwendigkeit eines groß angelegten AT nach deutschem Vorbild in der strukturellen Anordnung des chinesischen ZGB wurde nie wirklich in Frage gestellt. Obwohl einige chinesische Wissenschaftler (darunter auch ich) skeptisch sind, ob sich aus den Vorschriften für konkrete Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen) wie Vertrag, eheliche Einigung, andere statusrechtliche Willenserklärungen, dingliche Einigung, Testament usw. genügend allgemeine Regeln abstrahieren lassen, um eine allgemeine Kategorie des Rechtsgeschäfts als zentrale Säule des AT ZGB zu stützen, hat die herrschende Ansicht in der Wissenschaft die Notwendigkeit eines AT nie bezweifelt.

Dennoch ist es wichtig zu beachten, dass bei der Kodifikation des chinesischen ZGB der Umbau der 1986 angenommenen AGZ in den AT ZGB viele offensichtliche Probleme hinterlassen hat, zumindest was die interne Struktur des AT und die Gestaltung der relevanten Inhalte betrifft. So scheinen die Schöpfer des ZGB die Unterschiede in der strukturellen Funktion zwischen den AGZ und dem AT ZGB ignoriert zu haben, um die vermeintlich erfolgreichen historischen Erfahrungen mit den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts beizubehalten. Die Frage, ob die vernünftigen Bestimmungen der AGZ im ZGB beizubehalten sind, und die Frage, ob die Struktur der AGZ nahezu unverändert in den AT ZGB übernommen werden sollte, sind nämlich zwei völlig unterschiedliche Fragen. Das Ergebnis ist, dass der AT ZGB im Wesentlichen die Struktur der AGZ wiedergibt (abgesehen von einigen weniger wichtigen Änderungen, wie der Aufzählung der zivilrechtlichen Rechte und der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte, der Neupositionierung der Vertretung als ein eigenständiges Kapitel usw.), und dass einige Elemente, die im AT ZGB nicht hätten vorgesehen werden sollen, wie die sogenannte zivilrechtliche Haftung, im AT ZGB beibehalten wurden, was zu einer offensichtlichen systemischen Gemengelage geführt hat. Darüber hinaus ist das Vormundschaftswesen, das eigentlich Teil des Familienrechts sein sollte, entsprechend dem alten System nach wie vor im AT ZGB bei den natürlichen Personen geregelt. Der Hauptgrund für diese Situation ist, dass die Schöpfer des ZGB der Ansicht waren, dass die AGZ, die seit 35 Jahren in Kraft sind, grundsätzlich als vernünftig betrachtet wurden und daher bei der Kodifikation des ZGB nicht wesentlich geändert werden sollten. Auch die Struktur sollte nicht wesentlich verändert werden.

Dieselben Überlegungen haben dazu geführt, dass das System des Schuldrechts bei der Kodifikation des chinesischen ZGB vollständig aufgelöst wurde. Wie Professor Su gesagt hat, gibt es eigentlich keine überzeugenden Argumente gegen den Auf-

bau eines Systems des Schuldrechts in Festlandchina (obwohl es stimmt, dass einige Wissenschaftler die Notwendigkeit und Rechtfertigung eines Systems des Schuldrechts in Frage gestellt haben. Die Auswirkungen waren jedoch nicht signifikant). Da Festlandchina 1999 ein separates Vertragsgesetz und 2009 ein separates Delikthaftungsgesetz erlassen hat, wollten die Schöpfer des ZGB in dem pragmatischen Bestreben, Stabilität und Kontinuität in der Rechtsanwendung zu gewährleisten, das Vertragsrecht als Ganzes als Vertragsbuch des ZGB und das Deliktsrecht als Ganzes als Deliktsrechtsbuch des ZGB beibehalten (eine ähnliche Regelung gilt auch für die anderen Bücher des ZGB). Wenn ein AT des Schuldrechts im ZGB geschaffen werden soll, muss die Gesamtstruktur des bestehenden Vertragsgesetzes und des Deliktshaftungsgesetzes zwangsläufig angepasst werden. Viele Elemente des Vertragsrechts würden in den AT ZGB übergehen, was die Schöpfer des ZGB nicht wollten. Obwohl die Mehrheit der chinesischen Zivilrechtsgelehrten den Wert des Schuldrechtssystems an sich nicht in Abrede stellt, ist es daher fast unvermeidlich, dass der AT Schuldrecht im System des ZGB aufgegeben werden musste. Um der ungerechtfertigten Bereicherung und der GoA im herkömmlichen System des Schuldrechts Rechnung zu tragen, mussten die chinesischen Schöpfer des ZGB das römische Rechtssystem der „Quasi-Verträge" wieder aufleben lassen und darin diese beiden Rechtsfiguren vorsehen. Gleichzeitig wurden einige unentbehrliche, aber streng genommen zum AT Schuldrecht gehörende Bestimmungen, wie die Typen der Schuld (Teilschuld und Gesamtschuld, Wahlschuld usw.), in den Abschnitt über die zivilrechtliche Haftung im AT ZGB, den Abschnitt über die Vertragserfüllung im Vertragsrechtsbuch und den entsprechenden Teil im Deliktsrechtsteil aufgenommen. Diese Regelung wirft natürlich viele Fragen hinsichtlich der Anwendung der Vorschriften auf.

Dies kann als eine unvermeidliche Folge der Pfadabhängigkeit bei der Kodifikation des chinesischen ZGB angesehen werden. Da die Schöpfer des ZGB vorrangig die bereits erlassenen Zivilgesetze in das ZGB eingearbeitet haben, ohne die Grundstruktur zu ändern, hat dies dazu geführt, dass die Kodifikation des chinesischen ZGB in gewisser Weise zu einem „Tanz in Fesseln" geworden ist, so dass nur sehr begrenzter Handlungsspielraum bzgl. der systematischen Anordnung des ZGB verfügbar war. Unter diesem Gesichtspunkt wäre es ausgeschlossen, von dem chinesischen ZGB eine innovative Struktur zu erwarten.

Es ist jedoch unbestreitbar, dass die Schöpfer des chinesischen ZGB eine mutige Neuerung bei der Ausgestaltung des Systems vorgenommen haben, nämlich die Schaffung eines eigenen Buches über das Persönlichkeitsrecht. Diese innovative, in der Lehre heftig umstrittene Gliederung wurde schließlich von den Schöpfern des ZGB akzeptiert und ist die einzige Gliederungseinheit des ZGB, die nicht auf früheren Einzelgesetzen beruht. Wenn man den Innovationsdrang einiger chinesischer Zivilrechtsgelehrter bzgl. des chinesischen ZGB nicht versteht, ist es im Grunde unmöglich zu begreifen, warum auf dieses strukturelle Element bestanden wurde. In der Tat wäre ein großer Teil des Inhalts dieses Teils aus systematischer Sicht besser

geeignet gewesen, wenn er im Abschnitt über das Recht der natürlichen Personen im AT ZGB untergebracht worden wäre. Der Inhalt dieses Abschnitts über den Schutz personenbezogener Daten überschneidet sich nicht lange nach dem Inkrafttreten des ZGB erheblich mit dem Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten, das am 1. November 2021 in Kraft getreten ist, und führt zu einer Reihe von Schwierigkeiten bei der Anwendung des Gesetzes. Dies soll hier nicht im Detail analysiert werden.

Aber abgesehen von den systemischen Faktoren bin ich persönlich der Meinung, dass im speziellen historischen und praktischen Kontext Chinas die Schaffung eines eigenen Buchs über das Persönlichkeitsrecht im ZGB zumindest mit Sympathie und Verständnis erwidert werden kann. Durch diese strukturelle Anordnung hat die Kodifikation des ZGB faktisch zu einer gleichzeitigen Kodifikation des Persönlichkeitsrechts geführt: Die Schöpfer des ZGB haben einige der Konzepte und Regeln des Persönlichkeitsschutzes (ob sie vernünftig sind oder nicht, sei dahingestellt), die sie von der Gesellschaft als Ganzes ernst genommen wissen wollten, aufgegriffen und durch die Kodifikation des ZGB realisiert. Dies ist an sich schon eine Leistung, die Anerkennung verdient. In diesem Sinne beruht die Ausgestaltung des strukturellen Systems in dem einzigartigen historischen Kontext der chinesischen Kodifikation auch auf der Überlegung, den institutionellen Raum zu erweitern und die Hoheit der Regelschaffung zu erlangen. Man sollte es sich so vorstellen: wenn die Zivilrechtler nicht auf die Schaffung eines eigenen Buchs des Persönlichkeitsrechts bestanden hätten, wäre es bei einem relativ konservativen Kodifikationsansatz sehr schwierig, den Raum für materielle Rechtsvorschriften über die Persönlichkeitsrechte zu sichern.

Die obige Analyse zeigt, dass die allgemeinen pragmatischen Erwägungen bei der Kodifikation des chinesischen ZGB, die zeitliche Dringlichkeit des Kodifikationsprogramms (die zwar ein Faktor ist, aber m. E. nicht ausschlaggebend) und, was noch wichtiger ist, die besonderen Denk- und Entscheidungsmuster der Schöpfer des ZGB dazu geführt haben, dass die Kodifikation des chinesischen ZGB in ihrem Streben nach Systematisierung mit zahlreichen Zwängen konfrontiert war. Ohne diese Faktoren zu verstehen, ist es schwierig zu begreifen, warum das chinesische ZGB in einen solchen Zustand geraten ist.

In diesem Sinne kann man auch sagen, dass man bei der Frage des Aufbaus des Systems des chinesischen ZGB nicht hinreichend auf die wissenschaftlichen Forschungen und Diskussionen über dessen Sollzustand reagiert hat. Die Struktur des chinesischen ZGB als Ganzes wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts, nach der Verabschiedung des Vertragsgesetzes, eingehend diskutiert. Mit der Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes und des Delikthaftungsgesetzes schien diese Frage jedoch auf Eis gelegt zu sein. Im Jahr 2014 kann man jedoch fast sagen, dass das Thema der Kodifikation des ZGB plötzlich und ohne Vorwarnung wiederbelebt und ein relativ enger Zeitplan festgelegt wurde, so dass die Frage der Optimierung der strukturellen Gestaltung im Grunde nicht ernsthaft als Schlüsselfrage der Kodifikation diskutiert wurde.

Ich erwähnte bereits die offensichtliche Tendenz der chinesischen Schöpfer des ZGB, Kontinuität und Stabilität in ihren Entscheidungen und Entscheidungsmustern zu wahren. Ich muss hier klarstellen, dass ich, wenn ich auf diese Weise verallgemeinere, nicht unbedingt offen kritisch bin. Der Schlüssel zu dieser Frage ist die Perspektive, aus der das Thema betrachtet wird. Aus der Sicht der Schöpfer des ZGB ist das 1999 erlassene Vertragsgesetz seit mehr als 20 Jahren in Kraft und hat sich bewährt; das 2007 erlassene Sachenrechtsgesetz und das 2009 erlassene Deliktshaftungsgesetz weisen ebenfalls keine offensichtlichen Probleme auf. Es gab eine Vielzahl von justiziellen Auslegungen und Präzedenzfälle zu diesen Rechtsvorschriften, die den Juristen allesamt vertraut sind. Aus der Sicht eines Gesetzgebers, der auf Kontinuität und Stabilität bedacht ist, scheint es daher keinen guten Grund zu geben, an diesen, seit vielen Jahren geltenden Gesetzen, wesentliche Änderungen vorzunehmen, auch nicht in der strukturellen Ausgestaltung, nur um der Struktur des Zivilrechtssystems willen. Diese Entscheidung erscheint zwar konservativ, dürfte aber verständlich sein. Wie ich in einem meiner Artikel analysiert habe, besteht das Problem darin, dass das einzigartige Organisationssystem der chinesischen Kodifikation dazu führt, dass der Einfluss der politischen Entscheidungsträger auf die Kodifikation des ZGB dominiert, während die Wissenschaftler nur zu Sitzungen eingeladen werden, um ihre Meinungen zu äußern. Es gibt keine Stellungnahme darüber, ob die Meinungen der Gelehrten überhaupt angehört werden, und wenn nicht, aus welchem Grund sie nicht akzeptiert werden. In China gab es keine Kodifikationskommission, die hauptsächlich von Wissenschaftlern dominiert wurde, wie es bei der Erarbeitung des deutschen BGB der Fall war. Die Ausarbeitung des chinesischen ZGB lag fest in den Händen einiger weniger Beamter der *Legal Affairs Commission* des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses. Sie sind Politiker und sahen die Angelegenheit eher aus einer politischen Perspektive. Wenn Gelehrte bestimmte Fragen bei der Kodifikation des ZGB bestritten (was eigentlich ganz normal und üblich ist), bestand das Entscheidungsmodell dieser Beamten häufig darin, dem bisherigen Recht zu folgen. Ein solches Entscheidungsmodell barg nämlich die geringsten Risiken. Diese Denkweise hat den Aufbau des chinesischen ZGB weitgehend beeinflusst. Man könnte sogar so weit gehen zu sagen, dass es fast ein Wunder ist, dass es den chinesischen Zivilrechtsgelehrten gelungen ist, unter diesen Umständen eine Kodifikation der Persönlichkeitsrechte geschaffen zu haben.

Vor diesem Hintergrund erscheint es unfair, chinesische Zivilrechtswissenschaftler zu beschuldigen, ihre Sorgfaltspflicht nicht zu erfüllen. Schließlich haben Zivilrechtswissenschaftler in China und Taiwan, darunter auch Professor Su, die systematische Struktur des ZGB sehr eingehend und mit großer Kreativität erörtert, aber aufgrund der verschiedenen oben genannten Faktoren kamen ihre diesbezüglichen Stellungnahmen kaum zur Geltung.

II. Neugestaltung des Zivilrechtssystems nach der Kodifikation des chinesischen ZGB: Notwendigkeit und Gangbarkeit

Die vorangegangene Analyse dient eigentlich dazu eine Schlussfolgerung zu ziehen. Die Frage des Systems des chinesischen ZGB kann wegen besonderer praktischer Gegebenheiten und der Pfadabhängigkeit als „unvollendet“ bezeichnet werden. Mit anderen Worten: Das chinesische Zivilrecht muss sich noch weiter mit der Frage des Systems des Zivilrechts befassen. Ziel dieser Forschung ist es, einen theoretisch fundierten und der Ausbildung dienenden vernünftigen Rahmen des Zivilrechts für die kommenden Generationen von Absolventen der juristischen Fakultäten zu schaffen. In dieser Hinsicht stimme ich Professor Sus Analyse der Bedeutung des Systems zu, möchte aber betonen, dass es wohl immer eine zweitbeste Wahl wäre, ein solches System in den von chinesischen Zivilrechtswissenschaftlern verfassten Zivilrechtslehrbüchern und in den Hörsälen der chinesischen juristischen Fakultäten zu verankern, wenn es nicht wirklich im Text des ZGB zu realisieren ist. Letzteres ist ebenso wichtig, wenn nicht noch wichtiger. Es ist in vielen Ländern des kontinentaleuropäischen Rechtssystems nicht völlig fremd, dass das System der Zivilrechtstheorie und das System der Ausbildung mit dem System des Gesetzbuches nicht genau übereinstimmen. Der Zweck der Gesetzgebung (einschließlich der Kodifikation) liegt nach wie vor in erster Linie auf der Ebene der Regeln, auf der Ebene der Rechtsanwendung, und die Rechtswissenschaft hat nach wie vor einen großen Gestaltungsspielraum dazu, wie diese Regeln verstanden, ausgelegt und zu einem rationalen System geformt werden können.

Erscheint es zu respektlos, kurz nach der Verabschiedung des chinesischen ZGB das Thema der Systemumgestaltung anzusprechen? Nicht unbedingt. Die Geschichte der Kodifikation ist durch die Existenz vieler Typen von Zivilgesetzbüchern gekennzeichnet. Einige Zivilgesetzbücher sind selbst lehrbuchartig und haben einen starken wissenschaftlichen Charakter, aber es gibt auch Zivilgesetzbücher (wie z. B. das chinesische ZGB), die aus verschiedenen Gründen nicht in der Lage sind, dieses Ziel vollständig zu erreichen, und bei denen man nicht sagen kann, dass es sich um ein großes Problem des Gesetzbuchs selbst handelt. In solchen Fällen kann man nur sagen, dass die Wissenschaft eine zusätzliche besondere Aufgabe hat, in einen „Dialog“ mit dem System des Gesetzbuches zu treten und ein vernünftiges wissenschaftliches System zu gestalten.

Auf der Grundlage der obigen Überlegungen stimme ich persönlich der Notwendigkeit zu, das System nach dem ZGB umzugestalten, und wende mich gegen den Ansatz, das System der Zivilrechtswissenschaft und -ausbildung einfach nach dem System des Gesetzbuchs zu gestalten, was bedeuten würde, sich der Verantwortung der Wissenschaftler zu entziehen. Und es ist wichtig zu betonen, dass dies in keiner Weise den wichtigen Wert des ZGB leugnet.

Was die Gestaltung des künftigen Systems der Zivilrechtswissenschaft und -ausbildung (einschließlich des Lehrbuchsystems) konkret betrifft, kann ausführlich er-

örtert werden. Auf der Grundlage der aufschlussreichen Diskussion von Professor Su möchte ich die folgenden Punkte bekräftigen:

1. Die Funktionen des AT ZGB müssen entschlackt werden. Die Inhalte zur Vormundschaft für natürliche Personen können im Familienrechtsbuch behandelt werden. Der Inhalt der juristischen Personen muss mit dem Handelsrecht, insbesondere dem Gesellschafts- und Unternehmensrecht angeglichen werden. Das Rechtsgeschäft (einschließlich der Stellvertretung) sollte den Kern des AT ZGB bilden. Die zivilrechtliche Haftung muss neu angeordnet werden und die einschlägigen Bestimmungen sollen aufgelöst und jeweils an ihren richtigen Platz gestellt werden.

2. Das System des AT Schuldrechts soll aufgebaut werden und das Vertragsrechtsbuch (einschließlich des Quasi-Vertrags) und das Deliktsrecht sollen konsolidiert werden. Zahlreiche Inhalte des Vertragsrechtsbuches, die im Wesentlichen Teil des AT Schuldrechts sind, sollen herausgenommen werden, um ihre allgemeine Anwendbarkeit zu betonen.

3. Der Inhalt des Persönlichkeitsrechts ist sehr wichtig und sollte systematisch so eingeordnet werden, dass der Hauptinhalt im AT ZGB beim Schutz der Persönlichkeit natürlicher Personen angesiedelt ist. Die Haftungsbestimmungen im Buch über das Persönlichkeitsrecht können vom Deliktsrecht übernommen werden, während die Fragen des Schutzes personenbezogener Daten grundsätzlich im Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten geregelt werden sollen. Die Frage des Schutzes personenbezogener Daten als individuelles Rechtsgut kann auch in das Buch über den Schutz natürlicher Personen eingeordnet werden.

4. Zur Frage, ob die Dichotomie zwischen Eigentums- und Schuldrecht verbessert werden sollte, ist die Diskussion von Professor Su sehr aufschlussreich. Die Diskussion kann in der Zukunft fortgesetzt werden. Wenn sich in der Lehre eine einigermaßen einheitlich herrschende Sichtweise herausgebildet hat, kann sie sich auch im wissenschaftlichen System oder sogar im Ausbildungssystem niederschlagen. Was die etablierten Wissenschaftler betrifft, so wird es einen Denkprozess brauchen, um ein solches systemisches Konstrukt zu akzeptieren.

5. Was die von Professor Su erwähnte Aufnahme von Regulierungsnormen in das ZGB betrifft, so konzentrieren sich die Wissenschaftler auf dem Festland in der Regel auf die Kern- und Schlüsselbestimmungen beim Systemaufbau. Bei einigen Bestimmungen des ZGB, die hauptsächlich deklarativen Charakter haben, reicht es aus, sie so wenig wie möglich zu stören. Untersucht man die Anwendung der Bestimmungen des ZGB, so stellt man fest, dass diese deklarativen Bestimmungen bei der Rechtsanwendung keine große Rolle spielen. Dies ist gerade deshalb möglich, weil der Schwerpunkt auf dem System der Wissenschaft und Ausbildung liegt, was den Rechtsanwendern ermöglicht, die Typen von Normen zu erkennen. Dies beweist einmal mehr, dass zumindest in China dem System der Wissenschaft und Ausbildung, dem Lehrbuchsystem, ein hoher Stellenwert zukommt.

Zum Abschluss meiner Kommentare werde ich plötzlich an das große römische Gesetz erinnert, etwa die Beziehung zwischen der Struktur des römischen Rechts-

systems und der schöpfenden Arbeit der Juristen. Ich hoffe, dass die chinesischen Juristen die ihnen übertragene Aufgabe erkennen und sich stets um ein rationaleres Zivilrechtssystem bemühen werden. Innerhalb oder außerhalb des ZGB.

Versuch einer Bewertung des Chinesischen ZGB vor dem Hintergrund der europäischen und deutschen Rechtsgeschichte

Rolf Stürner

I. Vorbemerkung zum Gesamteindruck nach einer wiederholten Lektüre des Chinesischen ZGB

1. Einbindung in kontinentale Traditionen

Zur Vorbereitung dieses Vortrags war es notwendig, die deutsche Fassung des ZGB[1] wieder einmal insgesamt zu überlesen, nachdem über zwei Jahre keine unmittelbare Gelegenheit gegeben war, sich mit den chinesischen Kollegen und Richtern über das ZGB wie gewohnt sehr intensiv in persönlicher Begegnung auszutauschen. Der Eindruck dieser Lektüre deckt sich mit den Beobachtungen der chinesischen Kollegen, dass es sich beim ZGB um ein Gesetzbuch handelt, das durchaus den kontinentalen Rechtstraditionen verbunden ist[2] – und zwar im Aufbau ebenso wie in einem wesentlichen Teil seiner Denkmuster.

2. Unterschiedlichkeit europäischer Traditionen und ihr Verhältnis zur Pandektisitik

Allerdings wäre es nicht richtig, von einheitlichen europäischen Traditionen auszugehen oder auch das BGB als ausschließliches oder auch nur überwiegend als Produkt der Pandektistik des 19. Jahrhunderts begreifen zu wollen. In allen europäischen Gesetzbüchern stehen recht unterschiedliche Traditionen nebeneinander, die auf eine Geschichte von nahezu 2000 Jahren zurückgehen und oft zu eher zufälligen Entwicklungen führten, ohne ein richtig geschlossenes System zu bilden. Dies gilt für den Code civil[3] ebenso wie für das BGB,[4] erst recht für das österreichische

---

[1] Dazu die deutsche Übersetzung von *Ding/Leibküchler/Klages/Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.

[2] Dies ist der gemeinsame Ausgangspunkt der Beiträge von *Su Yeong-Chin*, Bewertung des Zivilgesetzbuchs Festlandchinas aus Sicht der Kodifikationslehre, S. 20 ff.; *Zhu Qingyu*, Das große Zivilgesetzbuch und das neue Zivilgesetzbuchparadigma, S. 177 ff., sowie des Diskussionsbeitrags von *Ye Jinqiang*, S. 97, in diesem Band.

[3] Zur Rechtsentwicklung in Frankreich („selektive Rezeption“) guter Überblick bei *Bart*, Histoire de droit privé de la chute de l’Empire Romain au XIXième siecle, Paris 1998; kurz zusammengefasst in deutscher Sprache *Zwalve/Sirks*, Grundzüge der Europäischen Rechtsgeschichte, 2012, S. 35 ff.; dort auch Hinweise zur nachrömischen italienischen Entwicklung und ihrem Einfluss auf Frankreich, S. 32 ff.

[4] Zum Einfluss der Pandektistik in Deutschland sehr pointiert *Zwalve/Sirks*, aaO, S. 41 ff.

ABGB,[5] aber auch sogar für die jüngeren Kodifikationen Italiens[6] oder gar der Niederlande.[7] Hart gesprochen gibt es in keiner Kodifikation eine ganz strenge Trennung von Sachenrecht und Schuldrecht,[8] keinen streng durchgehaltenen *numerus clausus* der Sachenrechte[9] und auch keine strenge Typenlehre im Schuldvertragsrecht,[10] das immer als offenes und entwicklungsfähiges Rechtsgebiet kodifiziert ist.

---

mNw.; dazu aber modifizierend und zusammenfassend insbesondere *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 3, 3. Aufl. 2001, S. 181 ff.; unten unter III. 1 und 2 mit Einzelheiten.

5 Zum Einfluss des späten Naturrechts auf das ABGB ähnlich wie auf das preußische Allgemeine Landrecht insbesondere *Mitteis-Lieberich*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 5. Aufl. 1968, S. 12 ff., 15; *Kroeschell*, aaO, S. 56 ff., 68 ff., 69; in diesem Band *Koziol*, S. 35.

6 Zur Geschichte der unmittelbaren Fortwirkung römischen Rechts in Gestalt der Digesten und des Einflusses germanischer Stammesrechte *Pertile*, Storia del diritto italiano dalla caduta dell' imperio Romano alla codificazione, Band 1–6, 2. Aufl. 1892–1903, Neudruck 1965; im frühen 19. Jahrhundert geriet das italienische Zivilrecht unter den Einfluss des Code civil, der sich auch im Codice civile von 1865 in vielen Punkten durchsetzte. Das Zivilgesetzbuch von 1942 wahrt diesen Einfluss, berücksichtigt aber auch Rechtsentwicklungen anderer europäischer Länder wie Deutschland.

7 Das 1992 vollendete Niederländische Zivilgesetzbuch folgt zwar überwiegend französischer Rechtstradition, enthält aber auch Elemente des deutschen Rechtskreises und des common law (*Hondius*, AcP 191 (1991), 387 ff.; *Hartkamp*, RabelsZ 57 (1993), 664 ff.). Zum schwankenden Schicksal der Sicherungsrechte insbesondere *Zwalve/Sirks*, aaO, S. 460 ff.

8 Hierzu für das deutsche Sachenrecht die Darlegungen bereits am Anfang des Lehrbuches *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 B I 4 Rn. 32 ff. (Formen „relativen Eigentums" bei Veräußerungsverboten sowie der Verwaltungs- und Sicherungstreuhand); § 3 B III Rn. 44 ff. (Anwartschaftsrechte); § 3 B IV Rn. 47 (teilweise verdinglichte relative Rechte wie z. B. Miete); § 5 II 1 Rn. 5 ff. (teilweise und modifizierte Anwendbarkeit von Regeln des Allgemeinen Teils als Ausdruck gemeinsamer Regeln des Schuld- und Sachenrechts) und Rn. 19 ff. (Anwendbarkeit von Regeln des AGB-Rechts auf Schuld- und Sachenrecht) sowie Rn. 25 ff. (Anwendbarkeit von Regeln des Schuldrechts im Sachenrecht); § 5 IV 2 e (schuldrechtliche Rückabwicklung von rechtsgrundlosem dinglichem Erwerb); § 5 IV 3 Rn. 50 ff. (Durchbrechungen der Abstraktion); § 5 IV 4 Rn. 58 (dingliche Elemente schuldrechtlicher Rechtspositionen); § 36 I und II (gesetzliche und vertragliche Akzessorietät zur schuldrechtlichen Forderung von Grundpfandrechten); §§ 55, 56, 57 III (gesetzliche und vertragliche Akzessorietät von Mobiliarsicherheiten zur schuldrechtlichen Forderung). Es ist also ein von Anfang an zu vermeidendes grundlegendes Missverständnis, dass das BGB Schuldrecht und Sachenrecht als völlig getrennte Rechtsgebiete ohne Gemeinsamkeiten und Verbindungen zueinander betrachte.

9 Dazu Näheres unten unter VI.

10 Zur Bedeutung der gesetzlichen Typen im Recht schuldrechtlicher Verträge trotz bestehender inhaltlicher Vertragsfreiheit immer noch grundlegend *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, § 16, S. 53 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 209 ff.; *ders.,* Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 14. Auf. 1987, § 4 II, S. 51 ff.; zur Bedeutung der schuldrechtlichen Typenlehre bei der Inhaltskontrolle von Verträgen statt vieler Soergel/*Fritzsche*, BGB, 13. Aufl. 2018, § 307 Rn. 13 ff.; MüKoBGB/*Wurmnest* (vormals Kieninger), 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 6 ff., 7; allgemein *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971; *Möllers*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 14 III 3 d), Rn. 60 ff.; ferner insbesondere für den Bereich der verkehrsfähiger Güter *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, 2013, passim, insbesondere S. 228 ff., 452 ff.; sa auch unten unter VII. 3.

3. Relativer Unterschied zum Common Law

Insoweit ist auch der Unterschied zu den Rechtkulturen des common law relativ, nachdem sich England gerade auch im Sachenrecht stark an den Kontinent angenähert hat[11] und in den USA zivilrechtliche einzelstaatliche Kodifikationen oder Teilkodifikationen keine Ausnahmeerscheinung[12] mehr sind, mögen sie auch mehr Spielraum lassen als die kontinentalen Kodifikationen. Auch im common law wirken römischrechtliche Traditionen einflussreich fort, und ein dem römischen Einfluss völlig entzogenes germanisches Recht, das den Angelsachsen als frühes Vorbild hätte dienen können, hat es wirklich verifizierbar schwerlich gegeben.[13]

4. Das chinesische ZGB im Kreise seiner kodifikatorischen Vorbilder

Wenn man sich all dies vor Augen hält, liest sich die chinesische Kodifikation sehr respektabel und schreckt den europäisch orientierten nationalen Zivilrechtswissenschaftler nicht. Der Hauptunterschied liegt in einer immer noch vom Sozialismus deutlich und stark mitgeprägten Eigentumsgestaltung, die aber verstärkte Auflockerung erfahren hat[14] und gerade einen deutschen Rechtswissenschaftler insoweit durchaus an das ZGB der DDR[15] erinnert. Vieles trägt deshalb eher kompromisshaf-

---

[11] Dazu der Land Property Act 1925 und der Land Registration Act 1925 sowie der Land Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 und abschließend der Land Registration Act 2002; ferner der Sale of Goods Act 1893/1979; siehe den Überblick bei *Kern*, aaO, S. 178 ff.; *Baur/Stürner*, aaO, § 64 B II, Rn. 31 ff., S. 922 ff. und § 64 C II, Rn. 103 ff., S. 949 ff; zur Rechtsgeschichte *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19. Aufl. (in Vorbereitung), § 63 Rn. 65 ff., 71, 73, 79, 100 ff.

[12] Das Immobiliarrecht der USA ist zwar State Law, ist aber teilweise in einzelstaatlichem Recht kodifiziert; dazu der Überblick bei *Murray/Stürner*, The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies, 2010, S. 103 ff., 127 ff.; *dies.*, German Notaries in Real Estate and Corporate Law Matters, Preventative and Restorative Justice in Germany and the United States, 2020, S. 107 ff.; ferner *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 64 B II Rn. 46 ff.; *Kern*, aaO, S. 211 ff. mNw. Im Recht der Mobilien haben der § 2 und § 9 des Uniform Commercial Code, den die Einzelstaaten mehr oder weniger modifiziert übernommen haben, für eine weitreichende Vereinheitlichung und teilweise auch Typisierung gesorgt (*Kern*, aaO, 223 f.; *Baur/Stürner*, aaO, § 64 C Rn. 110 ff., 112 ff.).

[13] Zum Einfluss des römischen Rechts auf die germanischen Stammesrechte im Rahmen der Besiedlung vormals zum römischen Reich gehörender Gebiete insbesondere *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 11. Aufl. 1999, S. 25 ff., 37 ff. mNw.; zum späteren Einfluss des römisch-kanonischen Rechts der kirchlichen Gerichte in England und des spätrömischen Rechts auf das common law eindringlich *Zimmermann* JZ 1992, 8 ff., 15 ff. mNw.; zum Ganzen *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19. Aufl. (in Vorbereitung), § 63 I 2 b), Rn. Rn. 7 f. und c), Rn. 13 f.

[14] Dazu insbesondere ZGB China §§ 240 ff., 246 ff., 330 ff., 344 ff.

[15] Zur Eigentumsordnung der früheren DDR siehe §§ 17–42, 284–322 und *Baur/Stürner*, aaO, § 63 Rn. 1–16.

ten Charakter, aber solche Kompromisse bedeuten Fortschritte für die chinesische Gesellschaft. Lassen Sie mich im Folgenden einige Topoi ansprechen, die ich anders sehe als dies in den chinesischen Beiträgen gesehen zu werden scheint, ohne dass man die unterschiedliche Akzentsetzung in ihrer Bedeutung überschätzen sollte.

II. Systemdenken, Dogmatik, Kodifikation und Pandektistik

1. Systemdenken und Dogmatik als Kennzeichen jeder modernen Rechtskultur

Zunächst einmal sollte man sich ganz grundsätzlich klar machen, dass es ohne Systemdenken keine Rechtswissenschaft geben kann, die zur Verwirklichung von Gerechtigkeit beizutragen vermag.[16] Dies gilt für jede Rechtkultur, gleich ob case law oder systematische Kodifikation ihr Leitbild ist. Dies liegt ganz einfach daran, dass Grundlage jeder Form von rationaler Gerechtigkeit der Gleichheitssatz ist, sofern man Gleichheit der Menschen als Grundlage des Rechtsdenkens der Moderne akzeptiert. Der Gleichheitssatz verlangt, Gleiches gleich, Ungleiches ungleich und Ähnliches adäquat modifiziert zu behandeln. Insoweit pflegt jede Rechtskultur, die sich menschlicher Gleichheit verpflichtet weiß, ein der Logik verpflichtetes Denken, das nach nachvollziehbaren Kriterien differenziert und dabei einer Terminologie bedarf, die eine Verständigung über Differenzierung überhaupt erst ermöglicht. Dies gilt für alle entwickelten Rechtskulturen, auch zum case law neigende Rechtskulturen wie Kulturen des common law kennen principles, fundamental rules, die das ganze Recht oder Teilgebiete einer Rechtordnung betreffen und eine Rechtfertigung bestehender Ausnahmen von der Regel verlangen. Der Unterschied besteht nur darin, dass der Kodifikation verpflichtete Rechtskulturen solche Regel-Ausnahme-Systeme abstrakt festschreiben, während case-law-Systeme dem Rechtsanwender im Einzelfall stärkere Selbstvergewisserung und bewussten Rückgriff auf die Grundlagen der Systematik abverlangen. Im Übrigen haben sich – wie schon erwähnt – einige case-law-Kulturen inzwischen stark kodifikatorisch orientiert und umgekehrt kontinentale Rechtskulturen ganze Rechtsgebiete dem case law überlassen.[17]

---

[16] Hierzu und zum Folgenden schon *Stürner* JZ 2012, 10 ff. (chinesische Fassung Beihang Law Review 2015, 106–136); *ders.* AcP 214 (2014), 7 ff., 11 f.; gleich für ein rechtskulturell übergreifendes Verständnis der Dogmatik *Kötz*, in: K. Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 75 ff. in Auseinandersetzung mit *Zweigert*, Festschrift für Eduard Bötticher, 1969, S. 443 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 19 ff., S. 8 ff. mNw.

[17] Für einen Überblick über die gesamte deutsche Rechtsentwicklung *Stürner*, The New Role of the Supreme Courts in a Political and Institutional Context From the German Point of View, in: Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi 2011, 335–355 mit Beispielen und Nachweisen zu allen wichtigen Rechtsgebieten.

2. Die deutsche Pandektistik des 19. Jahrhunderts und ihre Besonderheiten

Die Pandektistik in ihrer strengen Form ist eine typische Erscheinungsform des deutschen Sprachraums, wobei dann auch insoweit starke Unterschiede bestehen. Der französische Code civil von 1804 ist zwar stark vom römischen Recht beeinflusst, und in seiner Vorgeschichte, die bis in Teilkodifikationen und Ordonanzen der Jahrhunderte zuvor zurückreicht, ist reich an wörtlichen oder sinngemäßen Anleihen aus dem römischen Recht. Daneben haben aber auch vor allem im Norden, dem Gebiet des droit des coûtumes, immer Rechtsformen prägend gewirkt, die aus einem Gemisch römischen Rechts und lokaler stammesrechtlicher Traditionen herrühren. Der Code civil ist kein streng systematisch durchgearbeitetes Gesetzbuch, sondern eher eine sehr geglückte Zusammenstellung bereits gewordenen Rechts, zu dessen Prägung die Rechtsprechung des Chatelet de Paris maßgeblich mit beigetragen hat.[18] Ganz anders verlief die Entwicklung in Deutschland unter dem Einfluss einer Pandektistik, die ein „heutiges" römisches Recht schuf – so der Titel des berühmten Werkes von Savigny –,[19] das im Grunde genommen ein eigenes neues Rechtssystem auf römischrechtlicher Basis kreierte und damit die Grenzen bloßer Rezeption weit überschritt. Die Kraft eines schlüssigen Systems als Eigenwert, wie sie auch die deutsche Philosophie des 19. Jh. vor allem in der Gestalt Hegels prägte,[20] begann auch das rechtswissenschaftliche Denken dieser Epoche zu formen. Dieser der Geschlossenheit und Stimmigkeit eines Systems zukommende Eigenwert artikulierte sich nicht zuletzt auch in einer konstruktivistischen Feinstruktur, die sich anders als in vielen kontinentalen Rechtssystemen zwischen Grundprinzipien und Grundregeln einerseits und Einzelfallrecht andererseits ansiedelte und damit die Einzelfalllösung stärker vorausgestaltete und determinierte als dies in anderen Rechtsordnungen der Fall war.[21] In gewisser Weise begann so das System der modernen Pandekten zunächst eine im kleinstaatlichen deutschen Rechtsgebiet nicht existierende Gesamtkodifikation zu ersetzen und vorauszugestalten, es stand über regionaler Gesetzgebung und bildete den Maßstab, an dem sie sich messen lassen musste. Teilweise galt dies auch für das reichseinheitliche BGB[22] – aber eben nur teilweise, wie eine genauere Analyse zeigen wird.

---

[18] Dazu der zusammenfassende Überblick bei *Zwalve/Sirks*, aaO, S. 35 ff. mNw.

[19] *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts. Bände 1–8, 1840.

[20] Insbesondere *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Erster Teil: Die Wissenschaft der Logik, 1830.

[21] Dazu *Stürner* JZ 2012, 10 ff. (Feinstruktur, Gebrauchsdogmatik und Vulgärdogmatik); chinesische Fassung Beihang Law Review 2015, 106–136; *ders.* AcP 214 (2014), 7 ff., 11 ff.; *ders.,* in: Bu (Hrsg.), Juristische Methodenlehre in China und Ostasien, 2016, S. 339 ff., 345 ff.; weithin zustimmend *Möllers*, aaO, § 9 Rn. 4 ff., 7d ff. mNw.

[22] Diskutiert wird dabei insbesondere der Einfluss Windscheids und Plancks, die entweder der Pandektistik (*Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1–3, 6. Aufl.1887) oder einer eher konservativen und traditionswahrenden Grundposition zuzurechnen sind (*Gottlieb Planck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band 1–5,

III. Schranken pandektistischer Prägung des BGB

1. Pandektistik und der Einfluss der wirtschaftlichen Entwicklung

Wenn in der gegenwärtigen Gesetzgebungslehre der chinesischen Rechtswissenschaft die kontinentalen Kodifikationsvorbilder als Produkte einer gemeineuropäischen Pandektenwissenschaft zugleich bewundert und kritisiert werden, so wird damit der Einfluss der Pandektistik überschätzt. Dies ist für den Code civil bereits in sehr allgemeiner Form anhand der historischen Gegebenheiten seiner Entstehung dargetan.[23] Beim deutschen BGB muss mitberücksichtigt werden, dass die Pandektenwissenschaft mit ihrer historisierenden Einbettung der stürmischen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung des deutschen Rechtsraums nicht mehr voll gerecht werden konnte, wie sie sich vor allem in den letzten drei Jahrzehnten des 19. Jh. zeigte. Deutschland entwickelte sich während dieser Zeit zu einer realwirtschaftlich starken Volkswirtschaft, überrundete dabei insoweit zunächst Frankreich und England, um in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg eine Wirtschaftskraft zu entfalten, die der anderen stark aufsteigenden, jüngsten und mit reicheren natürlichen Ressourcen gesegneten Wirtschaftsmacht im Bereich der Realwirtschaft, nämlich den USA, gleichstand. Beide Nationen hatten um die Jahrhundertwende rund achtzig Millionen Einwohner und entwickelten nach heute vorliegenden und bei Vergleichen üblichen Daten insoweit die gleiche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.[24] Das BGB, das für diese Entwicklung in vielen Bereichen die rechtliche Grundlage zu bieten hatte, wäre dieser Entwicklung nicht gewachsen gewesen, hätte es Wirtschaft und Gesellschaft in Gestalt der Pandekten eine Rechtsordnung auf ausschließlich historisierender Basis geboten. Dies war aber gerade nicht der Fall.

2. Offenheit des BGB gegenüber neuen Anforderungen

Das BGB enthält zwar systematische Teile, die sich an die Erkenntnisse der Pandektistik anlehnen, es zeigt aber gegenüber Fortentwicklungen im Vertragsrecht und Sachenrecht eine Offenheit, die ein Ersticken im historischen System verhindert hat. Soweit der Schutz sozial schwacher Teile der Gesellschaft anstand, hielt es sich vor-

---

1897–1902; Nachdruck der letzten posthumen Auflage, KEIP Verlag 1999). Neuere historische Aufarbeitung hat ein allerdings stärker diversifiziertes Bild der Entstehung mit vielseitigen Einflüssen ergeben. Dazu Insbesondere *Kroeschell*, aaO, S. 180 ff. vor allem unter Hinweis auf die Forschungsergebnisse der Reihe *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1978 ff.

[23] Dazu oben unter II. 2.

[24] Hierzu insbesondere die Analyse bei *Werner Abelshauser*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945, 2005, S. 25 ff., 27/28, sowie S. 28 ff.; dazu die Tabelle S. 45; zum Vergleich mit den USA siehe *Jürgen Heideking*, Geschichte der USA, 3. Aufl. 2003, S. 197 ff., 227 ff., 244 ff., sowie die Tabelle S. 578.

sichtig zurück[25] und überließ diese sich rasch entwickelnden Fragen einer Sondergesetzgebung, die teilweise bereits vor oder mit der Erarbeitung des BGB einsetzte, also nicht zu seiner Korrektur, sondern bewusst als seine Ergänzung gedacht war und mit dem BGB durchaus harmonierte. Dies gilt für das Abzahlungsgesetz von 1894 oder auch für einsetzende Schutzgesetzgebung zu Gunsten der Arbeitnehmer, die das BGB ergänzten und in vielen wichtigen Teilen dem BGB sogar vorausgingen.[26] Man betrachtete bildlich gesprochen das BGB als Standbein, von dem eine gewisse statische Wirkung mit Zuverlässigkeit für die wachsende Wirtschaft zu erwarten war, und die begleitende Sondergesetzgebung als Spielbein[27], das mit seiner Beweglichkeit rasche Anpassung an im Fluss befindliche Entwicklungen erlaubt, wegen seines interventionistischen Charakters raschen Veränderungen unterliegt und teilweise auch nach öffentlich-rechtlicher oder sozialrechtlicher Regelung mit hoheitlichen Mitteln verlangt.

Neuere Vertragstypen des Schuldrechts hat der Gesetzgeber nur mit sehr bedächtiger Beweglichkeit in das BGB integriert und dabei auch meist abgewartet, inwieweit sie sich innerhalb der Europäischen Union etablieren konnten.[28] In ähnlicher Weise wurde das AGB-Recht erst spät in das BGB aufgenommen (§§ 305 ff.) ebenso wie andere Teile des Verbraucherschutzrechtes (§§ 312 ff.) mit seinen Widerrufsrechten und Informationspflichten.[29] Die Reform des Leistungsstörungsrechts und Verjährungsrechts durch das SMG im Schuldrecht war sehr langfristig vorbereitet, brachte dann aber doch nicht die beabsichtigte weitreichende Vereinfachung.[30] Der

[25] Dazu die bekannte Kritik von *Anton Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1891 (Neudruck 1968); *Otto von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.

[26] Dazu die Gesetze über die Krankenversicherung 1883, die Unfallversicherung 1884 und die Alters- und Invalidenversicherung 1889; hierzu *Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Band 1, 4. Aufl. 2002, S. 249 (mit kritischen Untertönen); zur weltweiten Vorbildfunktion *Abelshauser*, aaO, S. 37; zur weiteren Entwicklung im Mietrecht, Arbeitsrecht, Recht der AGB etc. *Stürner,* Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?, JZ 1996, 741 ff., 742/743 mNw.

[27] So schon *Stürner* JZ 1996, 741 ff., 743.

[28] Vgl. §§ 481 ff. (Time-Sharing, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge), §§ 488 ff., (Darlehensvertragsrecht mit Verbraucherdarlehensverträgen, Teilzahlungsdarlehen, Teilzahlungsgeschäften, Ratenlieferungsverträgen etc.); §§ 549 ff. (Wohnraummiete), Arbeitsvertrag als Sonderform des Dienstvertrags (§§ 611a, 612a, 613a, 619a, 622); Behandlungsvertrag (§§ 630a ff.); Bauvertrag (§§ 650a ff.); Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650p ff.); Reisevertragsrecht (§§ 651a ff.); Sonderformen des Maklervertrages wie Darlehens- (§§ 655a ff.) und *Wohnungsvermittlung* (§§ 656a ff.); Zahlungsdienstevertrag (§§ 675c ff.).

[29] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (SMG).

[30] Der Verfasser war Vorsitzender der Abteilung des 60. Deutschen Juristentages 1994 in Münster, welche die Vorschläge der Kommission zur Reform des Schuldrechts (veröffentlicht bei der Bundesanzeiger Verlags GmbH, 1992; sa den Auszug aus dem Abschlussbericht als Diskussionsgrundlage auf dem 60. DJT 1994) verhandelte und mit wenigen Ausnahmen und Veränderungen ohne viele Gegenstimmen bestätigte (dazu Verh. 60. DJT 1994, S. K 103 ff.).

am Ende etwas hektisch agierende Gesetzgeber[31] ging zwar wie von der Reformkommission gewünscht von einem einheitlichen Tatbestand der Pflichtverletzung aus,[32] konnte sich aber nicht dazu entschließen, von der Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Naturalleistung als primärem Rechtsbehelf des Schuldners abzurücken und den Schadensersatzanspruch zur Regelform der Sanktion aller Arten von Pflichtverletzung zu erheben, durchsetzbare Naturalleistungspflichten nach dem Vorbild vor allem des common law und rechtsharmonisierender Vorbilder aber nur in Ausnahmefällen zu gewähren.[33] So blieb die herkömmliche Gliederung der Rechtsfolgen nach *Verletzungstatbeständen* bestehen, und die erhoffte vereinheitlichende Wirkung des allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes kam nur teilweise zum Tragen oder blieb weithin aus.[34] Auf das römische Recht mit seiner Vielfalt hätten sich beide Lösungen berufen können, aber die der Pandektistik eher entsprechende Gliederung nach Verletzungstatbeständen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zeigte zähe Überlebensfähigkeit, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie den praxisorientierten Vorstellungen der Kaufleute[35] und Verbraucher mehr entgegenkam – der Vorhalt lebensfremder pandektistischer Gliederung erwies sich als nicht immer stichhaltiges Vorurteil. Die von der Reform verwirklichte Lösung entsprach dann nicht voll dem intendierten Ideal, brachte aber trotzdem Klärung vieler Unklarheiten und Streitfragen sowie im Verjährungsrecht eine Verkürzung vieler Fristen und eine Vereinfachung des Gesamtsystems.

Die Integration vieler Rechtselemente durchaus gärender Qualität brachte eine fortwährende Unruhe durch eine Fülle stetiger Veränderungen in das BGB und erschwerte seine Beschränkung auf wesentliche Grundregeln beständigen Charakters. Bessere Verständlichkeit des Rechtssystems für den Bürger konnte sie nicht erreichen. Die teilweise Aufgabe der von den Verfassern des BGB ursprünglich gewählten Unterscheidung von Stand- und Spielbein einer Rechtsordnung hatte also durchaus ihren Preis.

---

[31] Das BJM bediente sich bei der Reform des Schuldrechts auf der Basis der Kommissionsvorschläge vor allem der Beratung durch *C. W. Canaris* als best ausgewiesenem Dogmatiker des Schuldrechts, der bei der endgültigen Reform eine eher gemäßigte und den Kompromiss suchende Linie vertrat.

[32] Zu den Kommissionsvorschlägen insbesondere *Rolland, Medicus, Haas, Rabe* NJW 1992, 237 ff.

[33] Zur grundsätzlichen Wahl dieser Gestaltung im UN-Kaufrecht v*on Caemmerer/Schlechtriem/Huber bzw. Hager*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 1995, Art. 45 ff., 62 ff. CISG; in den Principles of European Contract Law *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Teil 1, 1995; *Zimmermann* JZ 1995, 477 ff. und in den Principles of International Commercial Contracts *Bonnel,* An International Restatement of Contract Law, 1994.

[34] Zu dieser Problematik ausführlicher *Stürner* JZ 1996, 743 ff., 744; *ders.,* Festschrift für Erich Brandner, 1996, S. 635 ff., insbes. 636.

[35] So selbst *Ole Lando* RabelsZ 56 (1992), 261 ff., 270: „The cause approach may be more easily comprehensible for the businessman."

Vor diesem Hintergrund einer Geschichte der Flexibilität des BGB, das vor allem auch im Familien- und Erbrecht laufend dem sozialen Wandel angepasst wurde, sollen nun einige von der neueren chinesischen Diskussion angesprochene Gesichtspunkte erörtert werden, um aufzuzeigen, wo der Vorhalt pandektistischer Verkrustung durchaus fehl geht und vielleicht die chinesische Teilrezeption sich zu wenig der Öffnung des BGB für modernes Wirtschaften bewusst war.

IV. Trennung von Schuldrecht und Sachenrecht

1. Absolut wirkende Rechte im Sachenrecht und relative Gestaltungsformen absoluter Rechte

Das deutsche BGB trennt wie der Code civil zwischen Schuldrecht (droit des obligations) und Sachenrecht (droit des biens).[36] Grund für diese Trennung ist die Beobachtung, dass es Rechte gibt, die nur oder ganz überwiegend das Verhältnis zwischen zwei Parteien beschreiben (relative Rechte), wohingegen andere Rechte das Verhältnis gegenüber jedermann dartun (absolute Rechte).

Wie jede Gliederung nach unterschiedlichen oder doch überwiegend unterschiedlichen Eigenschaften von Rechten gibt es Rechte, die Mischgebilde sind und Merkmale aus beiden Gruppen miteinander verbinden. Beschränkte dingliche Rechte sind zwar wie das Eigentum mit Drittwirkung ausgestattet, also insoweit absolute Rechte. Anders als beim Eigentum stellt sich aber bei einigen beschränkten dinglichen Rechten wie beim Nießbrauch oder anderen Dienstbarkeiten die Frage, inwieweit die Parteien im dinglichen Bestellungsakt den Umfang der Belastung mit Drittwirkung vertraglich gestalten können, also insoweit die Typizität zugunsten privatautonomer Gestaltung eine gewisse Auflockerung erfährt. Die deutsche Rechtsentwicklung lässt hier auf der dinglichen Ebene gewisse Spielräume, die aber bei Weitem nicht so weit reichen wie bei schuldrechtlichen Vereinbarungen.[37] Wo Parteiwünsche diesen Rahmen richterlichen Fallrechts überschreiten, sind sie darauf verwiesen, entweder mehrere beschränkte dingliche Rechte zu kombinieren („Baukastensystem") oder den ihnen zu breit erscheinenden gesetzlichen Typus auf schuldrechtlicher Ebene entsprechend zu vinkulieren oder beides gleichzeitig zu machen. Dazu drei Beispiele:

(1) Das deutsche Recht kennt anders als Frankreich (Art. 2287 ff. Code civil) kein Grundpfandrecht, das den Zugriff auf die Nutzungen eines Grundstücks zur Befriedigung der Gläubiger außerhalb der Zwangsvollstreckung in Gestalt der Zwangsver-

[36] Vgl. Code civil Livre II Droit des biens (ohne Sicherungsrechte); Livre III Titre III Source des obligations, Titre IV Régime des obligations, Titre VI ff. unterschiedliche Typen des schuldrechtlichen Vertrags, Livre IV Sûretés (schuldrechtliche und dingliche Sicherheiten einschließlich privilèges).

[37] Ausführlich zu dieser Problematik *Stürner*, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994), 265 ff., 266–272 mNw.

waltung erlaubt (sog. Antichrese).[38] Es ist aber möglich, einen Nießbrauch sicherungshalber zu bestellen, und dies bis zur Grenze einer Übersicherung sogar neben einer Grundschuld.

(2) Das deutsche Recht erlaubt keine Grunddienstbarkeit, die zu bestimmten gewerblichen Tätigkeiten (Verkauf nur einer bestimmten Biermarke) auf einem Grundstück verpflichtet; zulässig ist aber eine Dienstbarkeit, die den Bierverkauf generell verbietet, aber schuldrechtlich auf die Geltendmachung des Verbots beim Verkauf einer bestimmten Marke verzichtet (sog. Sicherungsdienstbarkeit).[39]

(3) Das deutsche Recht erlaubt kein kraft dinglich wirkender vertraglicher Vereinbarung unveräußerliches Eigentum (§ 137 Satz 1 BGB). Bei Grundstücken kann dieses Ergebnis dementsprechend auch nicht durch eine Bedingung des dinglichen Geschäfts (§ 925 Abs. 2 BGB) erreicht werden. Möglich ist aber ein bedingter Anspruch auf Rückübereignung, der durch eine Vormerkung gesichert ist, so dass die Übereignung gegenüber dem ursprünglichen Veräußerer unwirksam bliebe, sofern er sie verhindern möchte.[40]

Aus beschränkt dinglichen Rechten entfließenden gesetzlichen Schuldverhältnissen ergeben sich auch Rechtspflichten, die nur zwischen den beiden sich über das Recht einigenden Parteien bestehen und dabei auch einen Erwerber des belasteten Grundeigentums binden sowie den Erwerber des herrschenden Grundstücks berechtigen. Dadurch entstehen Rechte mit sozusagen „relativer Absolutheit", weil sie nur gegenüber bestimmten Sonderrechtsnachfolgern eine Form der Drittwirkung entfalten. Zu denken ist etwa an einzelne Rechte und Pflichten innerhalb des Nießbrauchverhältnisses[41] oder Rechte und Pflichten zwischen Inhaber des Grundpfandrechtes und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks[42] etc.

Auch der Schutz dinglicher Rechte mit Wirkung gegenüber jedermann vollzieht sich in Ansprüchen gegen den konkreten Störer, also in Gestalt von relativen Rechten wie etwa von Unterlassungs- und Herausgabeansprüchen, die dann allerdings um ihrer Zweckwidmung willen etwas anderen Regeln folgen als gewöhnliche Ansprüche.[43] So

---

[38] Dazu *Baur/Stürner*, aaO, § 32 Rn. 6.

[39] *Baur/Stürner*, aaO, § 33 Rn. 14 ff.

[40] *Baur/Stürner*, aaO, § 20 Rn. 22; siehe §§ 883, 888 BGB.

[41] *Baur/Stürner*, aaO, § 32 Rn. 20 ff.: §§ 1036–1055 BGB (Erhaltungspflicht, Lastentragungspflicht, Haftung bei Verschlechterung und Verwendungsersatz). Die gesetzlichen Regelungen können modifiziert werden, Modifikationen bedürfen aber einer Eintragung, um gegenüber einem Erwerber des Grundstücks wirksam zu sein (§ 873 BGB). Modifikationen dürfen aber dem Wesen des Nießbrauchs nicht widersprechen (eingeschränkte Privatautonomie, § 32 Rn. 12 ff.).

[42] Hierzu insbesondere die Gläubigerrechte der §§ 1133–1135 BGB (*Baur/Stürner*, aaO, § 40 Rn. 13–15 und Rn. 4 zur faktisch abbedingenden Gestaltung durch ein außerordentliches Kündigungsrechts des Darlehensvertrags) sowie die Eigentümerrechte in § 1144 BGB (*Baur/Stürner*, aaO, § 40 Rn. 20 ff.).

[43] Hierzu §§ 985, 1004, 1027, 1065, 1134, 1135 BGB.

sind sie entweder verjährbar[44] mit teilweise unklaren Rechtsfolgen[45] oder ihre Verjährung führt in Gestalt einer Sonderform der Ersitzung („prescription acquisitive" in Frankreich[46]) zum Verlust des absoluten Rechts – eine Fragestellung, die in fast allen europäischen Rechtskulturen eine besonders lange und wechselhafte Geschichte hat.[47]

Es gibt also durchaus innerhalb des Wirkungsbereiches von dinglichen Rechten Elemente relativer Rechte, und dies ist seit hunderten von Jahren ebenso bekannt wie die Problematik, die solche Mischgebiete verursachen, ohne dass die damit verbundenen Sachfragen aber durch eine Aufgabe der traditionellen Kategorisierung leichter zu lösen wären. Vielmehr machen die Kategorien absolut und relativ die funktionsbedingten Regelungsfragen nur deutlicher sichtbar, was gleich noch allgemein erörtert werden soll.[48]

2. Dingliche Elemente relativer Rechte des Obligationenrechts

Umgekehrt schaffen Obligationen für ihre Gläubiger nicht nur die relative Rechtsbeziehung zum Schuldner, sondern auch eine gegenüber allen Teilnehmern des Rechtsverkehrs wirkende und einem absoluten Recht ähnelnde Zuweisungsposition,[49] mit

---

[44] So die Regelung des deutschen Rechts für den Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB; dazu statt vieler *Jauernig/Berger*, BGB, § 1004 Rn. 25: §§ 195, 199 Abs. I und IV BGB.

[45] So ist im deutschen Recht die Rechtslage nach Verjährung des Herausgabeanspruchs (§ 985 BGB) gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB sehr unbefriedigend, weil Besitz und Eigentum bei dieser Regelung dauerhaft auseinanderfallen und die Ersitzung nach §§ 937 ff. BGB besondere, mit der Verjährung nicht identische Voraussetzungen hat; zu dieser Problematik *Baur/Stürner*, aaO, § 11 C I 5, Rn. 47. Nicht ohne Grund wird diese Verjährungsregelung teilweise für verfassungswidrig gehalten; ausführlicher *Klose*, Recht und Wissenschaft 2014, 228 ff; zu dieser und ähnlichen Fragen ferner grundlegend und mit erschöpfenden Nachweisen *Klose*, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016; *Finkenauer,* Eigentum und Zeitablauf, 2000, S. 193–197 sowie *Wiegand/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 12, S. 169 vertritt deshalb mit vielen anderen Autoren die überzeugende Auffassung, der Besitzer erwerbe mit der Verjährung Eigentum.

[46] Hierzu Art. 2258 ff., 2272–2275 C.c. für Immobilien und Art. 2276 Abs. 2 C.c. für Mobilien; dazu *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 13 (Immobilien) und Rn. 87 (Mobilien) und zur Rechtsgeschichte *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19. Aufl. (in Vorbereitung) § 63 Rn. 44, 45.

[47] Zum Eigentumserwerb durch eine Form der Ersitzung bei „adverse possession" im englischen Recht *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 41 (Immobilien) und für Mobilien § 64 Rn. 105 (Sale of Goods Act ohne Erwähnung der Ersitzung); ausführlicher und zur Rechtsgeschichte der Ersitzung bei „adverse possession" *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19. Aufl. (in Vorbereitung), § 63 Rn. 53 f. (Immobilien: 12 Jahre) und § 63 Rn. 57 (Mobilien: 6 Jahre). Es verdient Erwähnung, dass englische Gerichte deutsche Urteile, die nach Verjährung des Herausgabeanspruchs nicht vom Eigentumsrecht des Besitzers ausgehen, nicht ohne Weiteres anerkennen; dazu High Court of Justice, Urteil vom 9.9.1998, abgedruckt bei *Carl/Güttler/Siehr*, Kunstdiebstahl vor Gericht, 2001, S. 77 ff., 201 ff.

[48] Dazu unten unter IV. 6.

[49] Hierzu bereits der Hinweis auf „Verfügungsgeschäfte im Schuldrecht" bei *Baur/Stürner*,

deren Hilfe der Gläubiger insbesondere Vollstreckungsübergriffe in Zwangsvollstreckung und Insolvenz abwehren kann. So entsteht etwas wie eine eigentümerähnliche Position an einem schuldrechtlichen Anspruch, in englischer Sprache oft als „Ownership" bezeichnet, in Deutschland als Inhaberschaft, in Frankreich als „titularité" oder „propriété", der Inhaber auch als „detenteur". Deshalb verlangte der Code civil bei Verfügungen über Forderungen wie bei absoluten Rechten ursprünglich Publizität in Gestalt der Zustellung an den Schuldner, wohingegen das BGB hierauf verzichtete und sich mit dem Schutz des gutgläubigen Schuldners begnügt (insbesondere §§ 407 ff. BGB)[50]. Der reformierte Code civil hat diese Form der Publizität aufgegeben (Art. 1323 C.c.). China ist der moderneren Lösung gefolgt, allerdings mit der unglücklichen Formulierung, dass die Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner eine „Mitteilung" verlange (Art. 546 ZGB China); auch wenn er um sie anderweitig weiß?[51] Interessant dürfte sein, dass im englischen Recht eine Forderungsabtretung ursprünglich nicht ohne Weiteres erlaubt war, also die Relativität insoweit wesentlich ernster genommen wurde als auf dem Festland.[52] Die Erkenntnis der Grenzen der Leistungsfähigkeit der traditionellen Kategorisierung in absolute und relative Rechte ist also so alt wie die Kategorisierung selbst.

3. Fortbestehende Sinnhaftigkeit einer Trennung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten – Deutschland und Frankreich

Die Diskussion um die Sinnhaftigkeit der Trennung zwischen dinglichen Rechten und relativen Rechten des Obligationenrechts ist folglich nicht neu.[53] Man hat an ihr allerdings überwiegend festgehalten, in Deutschland durch eine Gliederung der Ko-

---

aaO, § 5 Rn. 58, also bereits im einführenden 1. Kapitel des Lehrbuches, das insbesondere sachenrechtliche Grundprinzipien behandelt. Nicht ohne Grund behandeln die meisten Lehrbücher des Sachenrechts auch die Sicherungsabtretung und das Factoring (*Baur/Stürner*, aaO, § 58, S. 809 ff.).

[50] Hingegen hält das deutsche Recht bei der Verpfändung einer Forderung an der Anzeige an den Schuldner als notwendigem Publizitätsakt fest, § 1280 BGB; praktisch wenig bedeutsam, da diese Regelung bei der Sicherungsabtretung keine entsprechende Anwendung findet.

[51] Es bleibt nämlich unklar, ob ein Publizitätsakt gemeint ist oder Gutgläubigkeit. Der Autor vermag nicht zu beurteilen, ob die chinesische Fassung diese Unklarheit ausräumt.

[52] Zur kurzen Geschichte der Forderungsabtretung *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 2. Aufl. 2000, S. 133 ff.; ausführlich zum heutigen Rechtszustand *Neil Andrews*, Contract Law, 2011, S. 225 ff. Die Abtretung des legal title an einer Forderung wurde erst in sec. 136 (1) Law of Property Act 1925 endgültig erlaubt und bedarf der Schriftlichkeit und der notice an den Schuldner. Teilabtretungen sind grundsätzlich unter diesem Statute nicht möglich. Equitable assignment bedarf demgegenüber keiner Form und keiner notice und kann auch Forderungsteile betreffen. Sie entfaltet aber nicht alle Wirkungen des statutory assignment. Security assigment entfaltet die Wirkung einer fixed charge oder bei fehlender ausreichender Bestimmtheit bloß einer floating charge (zu diesen Sicherungsformen sa unten unter VI. 1 und 3).

[53] Sehr kritisch zu dieser Trennung *Jens T. Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006; ab-

difikation in die zwei Bücher Schuldrecht und Sachenrecht, letzteres für alle Regeln über das Eigentum sowie seinen Erwerb und seine Belastungen sowohl bei Immobilien und Mobilien, die in einem Buch zusammengefasst sind.

In Frankreich liegen die Dinge schwieriger. Immerhin gibt es aber auch im reformierten Code civil ein Livre II zum Eigentum an Immobilien und Mobilien, das gemeinsame Grundregeln über seine Ausübung, den Besitz, den nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb kraft Gesetzes und den Nießbrauch sowie Dienstbarkeiten enthält, aber auch eine Vorschrift über das Grundstücksregister.[54] Das Livre III behandelt dann alle Vorschriften zum Eigentumserwerb und erfasst dabei das Erbrecht (droit des successions)[55], die Schenkung unter Lebenden,[56] sowie ehegüterrechtliche Regelungen,[57] das gesamte allgemeine Vertragsrecht,[58] das Delikts und Bereicherungsrecht,[59] das Obligationenrecht im allgemeinen[60] , die Vertragsarten[61] und darunter vor allem die neu eingeführte fiducie (Treuhand),[62] Verjährung,[63] also fast alle Kernbereiche des Schuldrechtes, die dem Erwerb oder repressiven Schutz des Eigentums und eigentumsähnlicher Rechtspositionen dienen, aber auch das Besitzrecht und den Eigentumserwerb kraft prescription acquisitive.[64] Im Livre IV sind schließlich persönliche und dingliche Sicherheiten,[65] zu denen auch die neuen treuhänderischen Vollrechtsübertragungen gehören (fiducie sûreté)[66] und Privilegien bei Befriedigung von Forderungen[67] im Zusammenspiel mit dinglichen Sicherheiten behandelt. Das strenge französische Einheitsprinzip, das nicht zwischen obligatorischem Vertrag und dinglicher Rechtsübertragung trennt[68] und weder Registrierung noch Besitzerwerb als zusätzliches Erfordernis zum Rechtsübergang bzw. zur Rechtsentstehung inter partes verlangt,[69] hat zwar diese Gliederung verursacht, sie erweist sich aber nicht als zwingend, weil sie Eigentum an Sachen und die Inhaberschaft

---

lehnend, weil in dieser Form übertrieben *Baur/Stürner*, aaO, § 4 I, S. 35; ähnlich *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2020, § 1 II, S. 6.

[54] Art. 516–710-1 Code civil.

[55] Art. 720–1099-1 C.c.

[56] Art. 931–966, 1076–1078-10, 1081–1090 C.c.

[57] Art. 1387–1399, 1400–1491, 1497–1581 C.c.

[58] Art. 1100-4–1231-7 C.c.

[59] Art. 1240–1303-4 C.c.

[60] Art. 1304–1352-9 C.c.

[61] Art. 1582–2068 C.c.

[62] Art. 2011–2030 C.c.

[63] Art. 2219–2254 C.c.

[64] Art. 2255–2278 C.c.

[65] Art. 2287–2488-12 C.c.

[66] Art. 2372-1–2374-6, 2480–2488-5 C.c.

[67] Art. 2330–2332-4, 2375–2384-3 C.c.

[68] Art. 711, 1192 C.c.

[69] Zu den Voraussetzungen einer Drittwirkung Art. 30 Abs. 1, 28 No. 1 Decret vom 04.01.1955 und Art. 2421 ff. für Hypotheken (Registrierung bei Immobilien) und Art. 2276 C.c., 2337 ff. (Besitz oder Registrierung bei Mobilien); dazu *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 9 ff. (Im-

anderer Rechtspositionen miteinander vermengt, ohne dass der Grad der Identität von Regeln dies wirklich rechtfertigen könnte, wobei dann noch zusätzlich ganze mit den einzelnen Arten der Rechtsinhaberschaft zusammenhängende Rechtsgebiete in allen Details mit abgehandelt werden. Dies führt zu einem etwas wirren Gesamteindruck, weil sehr unterschiedliche Gliederungsgesichtspunkte nebeneinander stehen, nämlich dem Eigentums- und dinglichen Rechtserwerb dienende Rechtsverhältnisse, ihre vollständige Darstellung kraft Sachzusammenhangs und etwa bei den Sicherungsrechten die wirtschaftliche Funktion bei großen konstruktiven und funktionellen Unterschieden im Detail. Darunter leidet die Klarheit, weil diese völlig disparaten Gesichtspunkte in ihrem Zusammenwirken keine transparente Gliederungskonzeption erlauben.

4. Trennungsdenken im Common Law?

In gewisser Weise ähnelt das common law insoweit stärker dem deutschen Recht, als es das land law bzw. das Recht der real estates vom Recht der Obligationen trennt, weil insoweit eine klares Trennungsprinzip zwischen Kauf (sales agreement) und konstitutiver Registrierung (England)[70] bzw. konstitutiver Übergabe der title deed (USA)[71] gilt. Hingegen ist das Recht der Mobilien stärker dem Kaufrecht und Darlehens- bzw. Finanzierungrecht zugeordnet (Sale of Goods Act in England,[72] Uniform Commercial Code in den USA)[73], weil der Gedanke des Eigentumserwerbs uno actu mit dem Kauf rechthistorisch stark nachwirkt und die neuere Entwicklung zur Vereinbarung über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs oder zur notwendigen Registrierung noch nicht zu einer Änderung gedanklicher Gliederung geführt hat. Auch der mit dem Abschluss des Kaufvertrags erworbene equitable title des Käufers verstärkt das Gewicht des Kaufvertrags. Übrigens kennt vor allem das US law durchaus Züge einer Abstraktion des Eigentumserwerbs vom sales agreement, wenn es versucht, in zahlreichen Fällen der Mangelhaftigkeit des Kaufs ein Fortwirken von

---

mobilien), Rn. 87 ff. (Mobilien); sa zur Rechtsgeschichte *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19.Aufl. (in Vorbereitung), § 63 Rn. 43 ff., 45, 64, 66, 70, 72, 78, 97 ff.

[70] Dazu *Baur/Stürner,* aaO, § 64 Rn. 35 f.; *Kern*, aaO, S. 195 ff., 198 f.; ausführlich und auf neuestem Stand, wenngleich allerdings sehr case-law orientiert *McFarlane/Hopkins/Nield*, Land Law, 2. Aufl. 2020; zur historischen Entwicklung und zur fortbestehenden Bedeutung des Besitzes vor allem bei Erwägungen der equity *Baur/Stürner/Stadler*, Sachenrecht, 19. Aufl. (in Vorbereitung) § 63 Rn. 50 ff., 65, 71, 73, 79, 87 f., 100.

[71] *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 48 f.; *Stürner*, Das deutsche Immobiliarsachenrecht und die Funktion des deutschen Notariats im Spiegel der Rechtsvergleichung, DNotZ 2017, 904 ff., 916 f.; *Bernhardt/Burkhart*, Real Property, 7. Aufl. 2016; zusammenfassend *Murray/Stürner*, German Notaries in Real Estate and Corporate Law Matters. 2020, S. 108 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 38 f.

[72] Dazu *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 13 f.; zur Rechtsgeschichte *Baur/Stürner/Stadler,* aaO, § 63 Rn. 56.

[73] §§ 2 und 9 des Uniform Commercial Code.

Mängeln auf den Eigentumsübergang abzuwürgen; im englischen Recht erzielt inzwischen im land law der Erwerb auf Grund der Registereintragung ähnliche Wirkung, und bei Mobilien konzipiert der Sale of Goods Act immerhin Tatbestände des Bestands des Erwerbs bei Mängeln des Kaufvertrags.[74]

5. Die Trennung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten im chinesischen ZGB und ihre Rechtfertigung

Wenn die Gliederung des chinesischen ZGB insoweit eher der deutschen Gestaltung[75] folgt, ist sie damit nicht schlecht beraten. Die Gliederung des Code civil wirkt in ihrem Livre III, das unter dem Topos des acquis de propriété das ganze Obligationenrecht abhandelt, etwas gekünstelt und fehlgewichtet. Obwohl dingliche Rechte und obligatorische Rechte nicht immer scharf abgrenzbar sind, verbindet sich mit diesen Begriffen doch eine rechtliche Charakterisierung durch bestimmte Eigenschaften rechtlicher Zurechnung und Wirkung, die sehr hilfreich bleibt. Selbst wenn in Gestalt mancher Rechtpositionen ein Mischgebilde entsteht, das Züge beider Rechtsinstitutionen in sich vereint, bleibt immerhin die Erkenntnis der Zugehörigkeit zu beiden Grundformen rechtlicher Gestaltung für die Rechtsanwendung wichtig.

6. Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Begriffs der Vermögensrechte als Ordnungskategorie

Dem Vorschlag, die Abgrenzung nach dinglichen und relativen Rechten durch eine gemeinsame Einordnung als Vermögensrechte abzulösen und Kodifikationen hieran auszurichten, bleibt demgegenüber m.E. wenig abzugewinnen, weil ohne Not die Offenlegung eines gewichtigen Differenzierungskriteriums unterbleibt, nur weil es nicht stets eine kristallklare Abgrenzung zulässt, eine Schwäche jeder rechtlichen Kategorienbildung. Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten unterschiedliche individuelle Freiheitsräume beschreibt, die für die Gestaltung einer Gesellschaft grundlegende Bedeutung haben. Schutzpositionen gegenüber jedermann, wie sie absolute Rechte schaffen, schließen andere Individuen, gleich ob natürliche oder juristische Personen, grund-

[74] Vg. zum land law in den USA *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 53; in England § 64 Rn. 41; zum Mobiliarrecht der USA *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 110; für England § 64 Rn. 105; zur englischen Rechtsgeschichte *Baur/Stürner/Stadler*, aaO, § 63 Rn. 51 ff., 71, 73, 79 (land law); Rn. 56, 71, 73, 79 (Mobilien).

[75] Insbesondere das eigene 2. Buch zum Sachenrecht, §§ 205–462 ZGB China, das dingliche Sicherungsrechte anders als im Code civil mitumfasst (§§ 386–446 ZGB China). Auch die in § 388 ZGB China vorsichtig angedeutete Öffnung für vertragliche Sicherungsrechte durch die Formulierung „andere Verträge, die eine Sicherungsfunktion haben“ (hierzu unter VI. 4) findet sich im Sachenrecht und nicht im Schuldrecht. Hingegen ist die Bürgschaft ebenso wie die gesamtschuldnerische Bürgschaft (§§ 681 ff.) wie im BGB Teil des Schuldrechts und nicht wie im Code civil zusammen mit den dinglichen Sicherheiten kodifiziert.

sätzlich von einer unmittelbaren Teilhabe an diesem Raum individueller Gestaltung aus und setzen dabei schöpferische Kräfte frei, die für eine auf Selbstbestimmung und Privatautonomie setzende freie Gesellschaft unverzichtbar und schlechterdings konstitutiv sind. Diese individuellen Freiheitsräume bedürfen nicht nur des Schutzes, sondern auch einer klaren Zuordnung zueinander, die inhaltlich nicht beliebig disponibel sein kann, wenn möglichst reibungsloses gemeinsames Wirtschaften und Zusammenleben möglich sein soll.[76] Im Dienste solch klarer Zuordnung steht die Typizität der dinglichen absoluten Rechte.[77]

Obligatorische Rechte ordnen hingegen den Transfer solcher Freiheitsräume zwischen Individuen oder die Teilhabe anderer Individuen an diesen Freiheitsräumen und ihren Produkten und führen dabei zum Austausch von Gütern, Ideen und Dienstleistungen, wobei dann bei diesem Austausch zunächst einmal unmittelbar nur die agierenden Individuen betroffen sind und Dritte regelmäßig nur mittelbar, was mehr inhaltliche Gestaltungsfreiheit zulässt. Jedoch kann die Notwendigkeit inhaltlicher Vorgaben gleichwohl nicht vollkommen entfallen, weil auch dieser Austausch und Transfer als Massenerscheinung gesamtgesellschaftliche und gesamtwirtschaftliche Funktion und Folgen hat. [78]

Es geht also bei der Abgrenzung absoluter und relativer Rechte nicht um formale Kategorien, sondern um materielle Grundkategorien freiheitlicher Gesellschaften. Nicht umsonst kennen weniger freiheitlich entwickelte und nicht auf Individualismus gegründete Gesellschaften weniger absolute Rechte mit ihren Schutz- und Freiheitsräumen als freiheitliche Gesellschaften. Freiheitsräume bedürfen indessen immer klarer Abgrenzung, denn die weite und nicht klar begrenzte Freiheit des einen ist die geminderte Freiheit oder Unfreiheit des anderen. So ist die klare Begrenzung und inhaltliche Füllung von Freiheitsräumen ein Gebot des Schutzes der Freiheiten anderer vor Übergriffen und Minderungen ihrer Freiheitsrechte, Freiheit und die inhaltliche Bindung von Freiheit sind Zwillingsschwestern. Das Gedeihen einer Gesellschaft und ihrer Wirtschaft hängt maßgeblich von einer geglückten Interaktion und Zuordnung von relativen und absoluten Rechten und ihrer unterschiedlichen Funktion ab. Es bedeutet deshalb m. E. keinen Fortschritt, diese Unterschiedlichkeit terminologisch durch den gemeinsamen Begriff der Vermögensrechte zu verbergen

---

[76] Beschränkte dingliche Rechte lassen ihre Inhaber am Freiheitsraum des Eigentümers teilhaben, indem sie ihnen Formen der Nutzung und oder der Wertrealisierung mit Wirkung gegenüber jedermann zuweisen, sie also zum Inhaber eines Eigentumssegmentes werden und an dem Freiheitsraum des Eigentuns teilhaben (zu dieser Aufspaltung des Eigentums und seiner Freiheitsräume *Baur/Stürner*, aaO, § 1 Rn. 6ff.; § 3 Rn. 35; die stärksten existierenden Abspaltungen sind letztlich das Erbbaurecht, § 3 Rn. 31 und das mit dem Wohnungseigentum verbundene Sondereigentum, § 3 Rn. 29). Die Funktion solcher Positionen in Wirtschaft und Gesellschaft sind bei insgesamt geringerem Wirkungsgrad aber grundsätzlich gleich wie die des Eigentuns, weshalb auch – etwas abgeschwächt – die gleichen Grundregeln gelten.

[77] Dazu noch unten unter VII. 2.

[78] Hierzu schon oben unter I. 2 mNw. und ausführlicher unten unter VII. 3.

oder gar inhaltlich zu nivellieren. Vielmehr ist es notwendig, das Bewusstsein für die unterschiedliche Funktion und die hieraus folgende unterschiedliche Ausgestaltung beider Rechtstypen lebendig zu halten und dies in der Gliederung von Kodifikationen deutlich werden zu lassen.

Der Code civil ist trotz der Ausgliederung der dinglichen Sicherungsrechte aus dem droit des biens (Livre II) in das Livre IV (sûretés) der Trennung beider Kategorien treu geblieben, weil es innerhalb der Sicherungsrechte dann wieder konsequent zwischen persönlichen (sûretés personelles) und dinglichen Sicherheiten (sûretés réelles) unterscheidet[79] und dabei treuhänderische Sicherheiten unter dingliche Sicherheiten einordnet, den Treuhandvertrag selbst aber konsequent im schuldrechtlichen Vertragsrecht regelt.[80] Ob diese Gliederung der Übersichtlichkeit dient, darf bezweifelt werden. Wenn sich wiederholende Unterteilungen nach der gleichen Kategorie notwendig werden, drängt sich der Eindruck auf, dass die Oberkategorien nicht zutreffend gewählt sind und sich dies in etwas irritierender Repetition niederschlägt.

Der Entwurf der Gliederung eines neuen Großen ZGB, wie er im Anhang des Vortrags von *Su Yeong-Chin* vorgeschlagen ist,[81] geht von einem vermögensrechtlichen Buch aus und sieht sich dann gezwungen, fortwährend zwischen persönlichen und dinglichen Wirkungen eines Rechtsverhältnisses zu unterscheiden und entsprechend zu gliedern. Dies ist nicht nur sehr unübersichtlich, sondern weist auch darauf hin, dass die Kategorie des Vermögensrechtes zwar eine sinnvolle Abgrenzung zum Personenrecht, Familienrecht und Erbrecht mit seinen geringeren wirtschaftlichen Implikationen leisten kann, darüber hinaus aber der Leistungsfähigkeit entbehrt, weil sie die Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Rechten unterschätzt. Dies mag darauf beruhen, dass man dem BGB zu sehr Technizität unterstellt und die grundsätzliche gesellschafts- und wirtschaftspolitische Bedeutung dieser Unterscheidung übersieht, die gerade den deutschen Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts und bis heute stark motivierte. Im Übrigen kann man die Überschätzung von Gliederungsfragen auch als Erbe einer formal verstandenen Pandektistik betrachten, die vielleicht eine Gesetzgebungslehre der Gegenwart weniger bestimmen sollte als das Ringen um inhaltliche Grundsatzpositionen, die im Gesetz in klare Form gegossen werden sollten, ohne dass das Denken in solchen Formen ihren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gehalt und Zweck außer Acht lassen darf.[82] Hauptsächlich darin liegt die Berechtigung einer Kritik an sich verselbständigendem Dogmatismus, der aber nicht sinnvolle rechtliche Formgebung, sondern ihrer sinnentleerten Hand-

---

[79] Art. 2284-1–2322 (sûretés personelles) sowie Art. 23234–2488-5 (sûretés reelles).

[80] Zur fiducie à titre de garantie Art. 2372-1–2372-5 (Mobilien) und Art. 2488-1–2488-5 (Immobilien); zur fiducie als schuldrechtlichem Sicherungsvertrag Art. 2011–2030 C.c.

[81] Abgedruckt in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen, 2022, 111–116.

[82] Dazu *Stürner* AcP 214 (2014), 7 ff., 11 ff., 17; ähnlich schon JZ 2012, 10 ff., 16 ff. (in chinesischer Sprache Beihang Law Review 2015, 106–136).

habung gelten muss, für die eine sinnvolle rechtliche Kategorisierung schwerlich verantwortlich sein kann, sondern nur der das Recht anwendende Jurist.

Im Folgenden sollen sich die weiteren Überlegungen weniger Gliederungsfragen widmen als der inhaltlichen Kritik an pandektistisch beeinflussten Kodifikationen, nämlich der These von der unzureichenden Berücksichtigung der Interaktion zwischen Schuld- und Sachenrecht und der These von der Untauglichkeit rechtlicher Typizität und sowie eines hieraus folgenden vermeintlich strengen *numerus clausus* der Sachenrechte.

V. Die Interaktion zwischen Schuldrecht und Sachenrecht

1. Trennung kein zusammenhangloses Nebeneinander

Schuldrecht und Sachenrecht stehen in den vom römischen Recht und der Pandektistik beeinflussten Kodifikationen nicht getrennt nebeneinander. Vielmehr hängt der Fortbestand personeller Zuordnung absoluter Rechte ganz überwiegend von einer obligationenrechtlichen Rechtfertigung ab, in Frankreich mit seinem Einheitsprinzip ganz unmittelbar,[83] im BGB mit seinem Trennungs- und Abstraktionsprinzip mittelbar vom Fortbestehen eines rechtlichen Grundes für die Güterbewegung, die vor Rückabwicklung nach Bereicherungs- oder gar Deliktsrecht schützt.[84] Akzessorische dingliche Sicherungsrechte hängen in ihrer Fortexistenz unmittelbar vom Bestehen des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs ab.[85]

Das chinesische Recht schafft für den dinglichen Rechtserwerb überwiegend ein „hinkendes" Trennungsprinzip, das den Erwerb dinglicher Rechte vom Eintritt eines hinzutretenden Realaktes (Registrierung oder Besitz) abhängig macht, bei fehlender oder fortfallender obligationenrechtlicher Rechtfertigung kommt es nicht zum dinglichen Übertragungsakt und es erfolgt dingliche Rückabwicklung oder aber es kommt zu einer vertraglichen Rückabwicklung nach Rücktritt oder einer bereicherungsrechtliche Restitution nach dinglichem Rechtserwerb trotz Fehlens einer obligationsrechtlichen Rechtfertigung.[86] Alle dinglichen Sicherheiten sind akzesso-

---

[83] Hierzu Art. 711, 1196 C.c.; *Baur/Stürner*, aaO § 64 B I Rn. 8 (nunmehr Art. 1196 statt früher 1138); zur historischen Genese des Einheitsprinzips *Baur/Stürner/Stadler*, aaO, § 63 Rn. 43 und 44, 66, 70, 72, 78.

[84] Dieser Zusammenhang zwischen Schuld-und Sachenrecht wird in den Lehrbüchern des Sachenrechts stets besonders hervorgehoben; *Baur/Stürner*, aaO, § 5 Rn. 44 im Zusammenhang mit dem Trennungs- und Abstraktionsgrundsatz.

[85] Bei der Immobiliarhypothek muss man genauer sagen: ihre Fortexistenz als Fremdhypothek (§ § 1163 BGB); anders beim Mobiliarpfandrecht, § 1252 BGB.

[86] Vgl. zu Fällen eines hinkenden Trennungsprinzips §§ 595, 209,214 ZGB (konstitutive Wirkung der Registrierung des Immobiliarerwerbs); §§ 598, 224 ZGB (konstitutive Wirkung der Besitzverschaffung bei Eigentumserwerb von Mobilien); § 349 ZGB (konstitutive Wirkung der Registrierung bei Baulandnutzungsrechten); § 368 ZGB (konstitutive Wirkung der

risch[87] und entfallen bei Fortfall bzw. Nichtexistenz der obligatorischen Hauptforderung. Soweit ein Einheitsprinzip gewählt ist, erfolgt dingliche Rückabwicklung bzw. Löschung einer Registrierung. Das chinesische ZGB bezahlt sein Schwanken zwischen Frankreich und Deutschland bei der Verknüpfung von Sachenrecht und Schuldrecht durch eine gewisse Kompliziertheit, die zu Fehlern und Verwirrung führen können. Wenn man davon absieht, ist die Verknüpfung indessen sehr gut bewältigt. Sie zeigt auch, dass die Trennung von Sachenrecht und Schuldrecht nicht zu einem Verlust des Verständnisses dieses Zusammenhanges führt, sondern ihn ganz im Gegenteil verdeutlicht.

2. Schuldrechtliche Vinkulierung absoluter Rechte als Besonderheit des BGB

Das angeblich pandektistische BGB hat indessen noch eine allgemeine Form der Interaktion geschaffen, die dem chinesischen ZGB mehr oder weniger fehlt: es ist die Möglichkeit rein schuldrechtlicher Vinkulierung dinglicher Rechte in der unscheinbaren Vorschrift des § 137 BGB. Sie erlaubt der deutschen Rechtspraxis, neue Formen der Interaktion zwischen Schuldrecht und Sachenrecht zu schaffen, die gerade nicht gesetzlich ausgeformt sein müssen, ein Schlag gegen angeblich sture Typizität und angeblich starren *numerus clausus* dinglicher Rechte mit ihrer gesetzlich normierten Interaktion zwischen Schuld- und Sachenrecht.

VI. Numerus Clausus gesetzlich geregelter dinglicher Rechte und die Freiheit zur schuldrechtlichen Vinkulierung gesetzlich geregelter dinglicher Rechte – ein grundlegendes Missverständnis der Kritik an der Herrschaft der Pandektistik in kontinentalen Kodifikationen

1. Schuldrechtliche Vinkulierung und der numerus clausus dinglicher Rechte und Sicherheiten – das Überleben einer langen geschichtlichen Tradition

Nach § 137 BGB ist eine dinglich wirkende vertragliche Vereinbarung über ein dingliches Recht nicht erlaubt, soweit sie die Verfügungsfreiheit beschränkt. Ausdrücklich gestattet ist aber eine schuldrechtliche Vinkulierung, deren Missachtung durch

Registrierung beim Wohnungsrecht); § 402 ZGB (konstitutive Wirkung der Registrierung bei Immobiliarhypotheken); § 429 ZGB (konstitutive Wirkung der Übergabe bei Pfandrechten an Mobilien): § 441 ff. ZGB (konstitutive Wirkung der Registrierung oder Belegübergabe bei Pfandrechten an verschiedenen Arten von Forderungsrechten). – Zum Einheitsprinzip und damit zu Fällen bloßer Drittwirkung des Realaktes § 333 ZGB (Registrierung des Erwerbs von Bewirtschaftungsrechten); § 374 ZGB (Registrierung von Grunddienstbarkeiten); § 403 ZGB (Registrierung von Mobiliarhypotheken bzw. besitzlosen Pfandrechten). Die Einzelheiten der aufgezählten denkbaren Rückabwicklungsmodalitäten können in diesen Rahmen nicht abschließend erörtert werden.

[87] §§ 388, 389 ZGB.

eine einstweilige Anordnung auf Unterlassen verhindert werden kann und schadensersatzrechtlich sanktioniert ist.[88] Diese Norm ist keine deutsche Neukreation. Sie gründet sich vielmehr wohl auf die römischrechtliche fiducia cum creditore contracta, die eine treuhänderische Sicherungsübereignung an den Gläubiger ermöglichte.[89] Sie wiederum hatte sich ihrerseits aus einer Konstruktion entwickelt (pactum de retroemendo), die einen Verkauf des Sicherungsgegenstandes an den Gläubiger gegen einen Kaufpreis („Darlehenssumme“) vorsah verbunden mit einem Recht des Verkäufers („Darlehensnehmers“) auf Rückkauf zu einem Kaufpreis, der eine gewisse Verzinsung und Unkostenentschädigung erhöhend miteinkalkulierte („Darlehensrückzahlung“). Obwohl diese Konstruktion samt der fiducia cum creditore contracta in Rom schon im 4. Jh. verboten wurde, folglich Gläubiger auf das gewöhnliche akzessorische Pfandrecht verwiesen waren (pignus) und auch der Codex Justinians kein Wiederaufleben begünstigte, scheint sie doch in der Erinnerung des gemeinen deutschen Rechts trotz seiner Orientierung an hypotheca und pignus überlebt zu haben. So billigte bereits das Oberappellationsgericht Rostock schon im Jahre 1863 eine Sicherungsübereignung als fiducia cum creditore contracta,[90] und das Reichsgericht machte nach einigem Schwanken im Jahre 1880[91] dann im Jahre 1890, also vor Inkrafttreten des BGB, aber in Kenntnis seines Inhalts, den Weg frei für die Sicherungsübereignung.[92] Der Versuch, in das BGB ein Verbot des treuhänderischen Besitzkonstituts im heutigen § 930 BGB zu verankern, blieb unter Hinweis auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung erfolglos.[93] Man wusste also, was man tat, als man die §§ 137, 930 BGB endgültig formulierte, und wollte folglich gerade keinen *numerus clausus*, der die schuldrechtliche Vinkulierung von gesetzlich typisierten und einem *numerus clausus* unterfallenden dinglichen Rechten verbot. In Frankreich und England wurden unter Rückgriff auf das römische Recht durchaus ähnliche Konstruktionen verwendet, aber von der mortgage und dem pignus verdrängt, wobei in England wie auch später in den USA in der Lehre von der foreclosure und dem Verfall des Pfandgegenstandes an den Gläubiger bei default die Vorstellung einer verweigerten Rückgabe der übertragenen Sache teilweise überlebte, allerdings nur in sehr gebändigter Form als Ergebnis des Einflusses der equity.[94]

---

[88] Dazu *Baur/Stürner*, aaO, § 3 Rn. 34 mit ausführlicher Erläuterung der tragenden Bedeutung dieser Vorschrift bereits im Kapitel zu sachenrechtlichen Grundsätzen; § 4 Rn. 21; § 15 Rn. 39; § 20 Rn. 22 (Fußnote), 24, 68; § 29 Rn. 10; § 32 Rn, 14; § 36 Rn. 79c; § 38 Rn. 123; § 40 Rn. 14; § 55 Rn. 31; § 57 Rn. 15; § 58 Rn. 2; § 59 Rn. 34 (Fußnote).

[89] Dazu *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 41 II, S. 229; *Dulckeit/Schwarz/Waldstein*, Römische Rechtsgeschichte, 8. Aufl. 1975, § 41 III 3; *Zwalve/Sirks*, aaO, S. 401–406; *Baur/Stürner/Stadler*, aaO, § 63 Rn. 82.

[90] OLG Rostock Seufferts Archiv 19 Nr. 122, S. 196 f.

[91] RGZ 2, 168 und 173.

[92] RGZ 26, 180.

[93] Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB I (Sachenrecht), 1899, S. 626.

[94] Zum Ganzen *Zwalve/Sirks*, aaO, S. 434 ff., 476 ff., 489 ff.; *Baur/Stürner/Stadler*, aaO, § 63 Rn. 91 ff., 95 f., 97, 100.

2. Perfektionierung des Grundgedankens durch das Reichsgericht und die spätere Rechtsprechung

Das Reichsgericht und später der BGH bauten in den Folgejahren den Grundgedanken dieser Rechtsprechung immer weiter aus, die Inhaberschaft an jedwedem gegenwärtigen oder künftigen Gegenstand des Schuldners bloß als Sicherheit übertragen zu können, ohne seine Verwendbarkeit in Handel und Produktion zu beeinträchtigen.[95] Sie erlaubte die Sicherungsübertragung bzw. Sicherungsabtretung praktisch aller Sachen, Rechte und Rechtspositionen und damit auch ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Surrogate[96] und kreierte dabei nicht nur die Sicherungsgrundschuld,[97] sondern auch den Sicherungsnießbrauch,[98] die Sicherungsdienstbarkeit[99] oder den Sicherungsanteil an Gesellschaften[100], Sicherungslizenzen an Patenten, Urheberrechten etc. Das deutsche Recht erlaubt auch durchaus die Sicherungsübereignung von Grundstücken,[101] sie konnte sich indessen nicht durchsetzen, weil in Gestalt der Grundschuld der Sicherungswert des Grundstücks bereits sicherungshalber übertragen werden kann, so dass für eine Übertragung des Vollrechts keine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht. In der Praxis hat die Grundschuld die Hypothek zu ca. 90 % verdrängt.[102] Der Sicherungsvertrag wurde von der Rechtsprechung zum Schutze des Schuldners an den Grundgedanken der gesetzlichen Sicherungsrechte ausgerichtet. Es besteht Anlass darauf hinzuweisen, dass die Grundidee der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auf das security interest des Uniform Commercial Code nicht ohne Einfluss gewesen sein dürfte, nachdem einer der Schöpfer des Code, nämlich Karl Nickerson Llewellyn,[103] in Deutschland auf dem Gymnasium ausgebildet wurde, aus Begeisterung für das deutsche Kaiserreich als Freiwilliger in der deutschen Armee kämpfte, auch noch nach dem 1. Weltkrieg in Leipzig wiederholt als Gastdozent lehrte und als Kenner des deutschen Rechts zu betrachten ist.[104]

---

[95] Zu diesen Grundgedanken *Baur/Stürner*, aaO, § 56 Rn. 1 ff., 5 ff. und insbesondere Rn. 9.; ferner noch § 64 Rn. 112, wo dieser Grundgedanke als „durchaus genial" bezeichnet ist.

[96] Hierzu *Baur/Stürner*, aaO, § 56 Rn. 7 und § 57 Rn. 7 („verlängerte Sicherungsübereignung"), § 58 Rn. 8 (Sicherungsabtretung als typische Verlängerungsform), § 59 Rn. 49 ff. (verlängerter Eigentumsvorbehalt)

[97] *Baur/Stürner*, aaO, § 45, insbesondere Rn. 9 ff.

[98] *Baur/Stürner*, aaO, § 32 Rn. 6.

[99] *Baur/Stürner*, aaO, § 33 Rn. 18.

[100] Zur rechtlichen Problematik einer solchen Abtretung bei Personengesellschaften Jauernig/*Stürner*, BGB,18. Aufl. 2020, §§ 718–720 Rn. 7.

[101] Dazu BGHZ 130, 101 ff.; *Baur/Stürner*, aaO, § 40 Rn. 25 f.

[102] Die Schätzung bei *Baur/Stürner*, aaO, § 44 Rn. 5 von 81 % dürfte zwischenzeitlich noch weiter nach oben zu korrigieren sein.

[103] *Carrington* JZ 1995, 529 ff., 537 (deutsche Fassung vom Autor).

[104] Zur deutsch-amerikanischen Affinität im Recht der Mobiliarsicherheiten *Peter L. Murray*, 11 Boston College Industrial and Commercial Law Review 355 (1970).

3. Die Verweigerung des chinesischen ZGB

Das chinesische ZGB stellt neben das wirtschaftlich unpraktische Faustpfand bei beweglichen Sachen (§§ 425 ff. ZGB) wie bei Grundstücken auch die – allerdings nur zur Drittwirksamkeit zu registrierende[105] – Hypothek, um auf diese Weise für Mobilien eine besitzlose Sicherheit zu erhalten, die in Gestalt einer floating charge (§§ 395 Nr. 4, 396, 403, 411 ZGB) auch künftig zu erwerbende Mobilien erfasst. Bei Außenständen erlaubt das Gesetz auch die zu registrierende Pfändung künftiger Forderungen, um auf diese Weise eine für Gläubiger bestehende Schutzlücke zu schließen (§§ 440 Nr. 6, 445 ZGB). Es ist schade, dass das chinesische ZGB sich hier etwas am veralteten französischen Rechtszustand orientiert, um dann gleichzeitig Anleihen aus England und den USA zu verarbeiten zu haben, ohne sehen zu wollen, dass das angeblich rein pandektistische deutsche BGB von Anfang an Raum für eine sehr umfassende und flexible Erfassung aller gegenwärtigen und künftigen Mobilien und Rechte geschaffen und neben das Modell der etwas starren gesetzlich ausgeformten dinglichen Sicherheiten gestellt hat. Hinzu kommt, dass der insoweit veraltete Code civil in jüngeren Reformen ebenfalls in Gestalt der fiducie sûreté um treuhänderisch gehaltene Sicherheiten ergänzt worden ist, die sehr stark den deutschen vertraglichen Sicherheiten ähneln und nur in der genauen Konstruktion mit Rücksicht auf das französische Einheitsprinzip von der deutschen Lösung abweichen.[106] Die Schöpfer des BGB haben schon sehr früh erkannt, dass die wirtschaftliche Entwicklung anderer Sicherheiten bedurfte, als die Pandektistik zu liefern in der Lage war, und sie haben diese neuen Sicherheiten ohne konstruktive Brüche an die Seite der alten, „pandektistischen“ Sicherheiten des spätrömischen Rechts gestellt. Vielleicht hat die chinesische Wahrnehmung etwas zu sehr die Pandektistik als Vorbild des BGB gewürdigt, um dabei die andere wichtige Motivation des BGB, nämlich das wirtschaftliche Bedürfnis nach ausreichender Kreditierung, nicht ausreichend in Betracht zu ziehen.[107] Das ist schade, lässt aber das Bedauern über zu starken pandektistischen Einfluss auf die chinesische Kodifikation in Gestalt europäischer Vorlagen in einem etwas schummrigen Lichte erscheinen.

4. Spielraum für schuldrechtlich vinkulierte dingliche Rechte als Sicherheiten im chinesischen ZGB?

Inwieweit das chinesische ZGB eine Öffnung nach kontinentalem Vorbild noch zulassen könnte, ist schwer zu sagen. Immerhin spricht der neu gefasste § 388 ZGB neben Hypothekenverträgen und Pfandverträgen von „anderen Verträgen, die eine Sicherheitsfunktion haben“, und beim unechten Factoring gehen beispielsweise §§ 766, 769 ZGB im Grunde genommen von einer Sicherungsabtretung der Außen-

---

[105] Siehe oben unter V. 1.
[106] Zur fiducie sûreté ausführlich *Christian Fix*, Die fiducie sûreté, 2014; sa schon oben IV. 3.
[107] Vgl. schon oben III und VI. 1.

stände an den Factor aus, der überschüssige Erlöse zurückzahlen muss. Allerdings sind diese Vorschriften keine sichere Basis. Die klärende Regelung eines Treuhandvertrages zu Sicherungszwecken im Obligationenrecht fehlt, und die Erwähnung der Sicherungsübereignung mit einzelnen Fallgruppen der Abwicklung bei Nichterfüllung der gesicherten Forderung in § 68 der höchstrichterlichen Auslegung des Sicherungssystems des ZGB ist bisher nur eine zwar vorläufig ausreichende hoffnungsvolle Basis, die aber künftig einer Ergänzung bedarf, um sie besser im Gesamtsystem der Mobiliarsicherheiten zu verankern.[108]

VII. Typisierung als historisches Relikt der Pandektistik?

1. Grenzen starrer Typisierung im BGB und antagonistisches Verständnis von Prinzipien

Die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Typizität hängt bei dinglichen Rechten eng mit dem Grundsatz des *numerus clausus* zusammen. Denn wo kein wesentlicher Spielraum für die inhaltliche Gestaltung dinglicher Rechte und damit auch für ihre Abwandlung und parteiautonome Varianz besteht, entwickelt sich sozusagen von selbst ein alles andere verdrängender gesetzlicher Typus eines Rechts.[109] Allerdings findet sich auch im Schuldrecht der kontinentaleuropäischen Rechtskulturen eine Typenbildung, obwohl hier anders als im Sachenrecht der Gesetzgeber den Vertragsparteien inhaltliche Gestaltungsfreiheit grundsätzlich zugesteht, jedoch zu starke Abweichungen richterlicher Kontrolle unterwirft und dabei den Maßstab schuldvertraglicher Typenbildung anlegt.[110] Wenn man sich indessen vergegenwärtigt, dass die kontinentalen Gesetzgeber bei manchen dinglichen Rechten wie z.B. beim Wohnungseigentum, bei dinglichen Wohnrechten, beim Nießbrauch oder bei Dienstbarkeiten den Parteien kleinere Spielräume zubilligen,[111] so wird wieder einmal mehr deutlich, dass sich in der Welt des Rechts Grundprinzipien immer nur mehr oder weniger voll durchhalten lassen, selten oder nie in voller Reinheit, weil sich jedes Prinzip ad absurdum führt und seine Sinnhaftigkeit selbst zerstört, wenn es keinerlei Spielraum für das stets existierende antagonistische Grundprinzip gewährt, in unse-

[108] Hierzu die Vorschläge von *Hongliang Wang*, in: Tribune of Politics and Law 2021/5, S. 138ff., der versucht, der Sicherungsübereignung über § 68 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Systems der Sicherheiten im ZGB der Volksrepublik China (vom 31.12.2020, Fashi 2020 Nr. 28) hinaus eine breitere Basis im Gesamtsystem zu schaffen. Für Hinweise auf diesen Beitrag und seine Übersetzung sowie auf die Erläuterungen des Obersten Volksgerichts danke ich meiner Kollegin *Yuanshi Bu*, Freiburg.

[109] Zur gesellschaftspolitischen und wirtschaftlichen Bedeutung der Typizität absoluter Rechte siehe aber schon oben unter IV. 6 und unten unter VII. 2.

[110] Dazu insbesondere unten unter VII. 3; sa schon oben unter I. 2 und IV. 6.

[111] Vgl. oben unter IV. 1.

rem Falle für die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Parteien.[112] Wenn jetzt im Folgenden Typizität im Sachenrecht und Schuldrecht zu erörtern bleibt, sollte man dies immer im Auge behalten und allzu radikale Thesen vermeiden[113] – selbst angesichts anstehender Digitalisierung rechtlicher Kommunikation und Information.

2. Gründe einer Typisierung dinglicher Rechte

Die Diskussion über den Nutzen der Typizität dinglicher Rechte ist so alt wie die Rechte selbst. Für eine Typenbildung lassen sich zunächst einmal mehrere bekannte und oft genannte Gesichtspunkte anführen, die hier nur kurzer Charakterisierung bedürfen: die Wirkung dinglicher Rechte gegenüber jedermann, die um der Rechtssicherheit willen nach dem Schutz des Rechtsverkehrs vor Überraschungen und überbordender Streitanfälligkeit verlangt[114]; damit zusammenhängend die Vereinfachung der Information über den Inhalt einzelner Rechte vor allem bei Erwerbsgeschäften;[115] die besondere Verkehrsfähigkeit dinglicher Rechte[116] oder verdinglichter Rechte wie z. B. von Inhaberpapieren oder indossablen Papieren;[117] im Grundstücksrecht Land als knappes Gut,[118] das nach einer besonders engen Regulierung zur Wahrung des öffentlichen Interesses an friedlichem Zusammenleben verlangt; Transparenz und Stabilität des Güterverkehrs im allgemeinen gesellschaftlichen,

---

[112] Dazu grundsätzlich *Stürner*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), 7 ff., 20; 35 ff., 42; *ders.*, Die Rolle dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 127, 271 ff., 304 ff.; zur Gefahr monistischer Ideologisierung durch geschlossene Systembildung, die antagonistische Elemente menschlicher Kultur, Zivilisation und Gesittung vernachlässigen allgemein *Stürner*, Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007, S. 140 ff.

[113] Ein drohender Verlust notwendiger Balance wird m. E. bei einer einseitigen Gewichtung auf inhaltliche Gestaltungsfreiheit von Rechten durch Parteiautonomie sichtbar, wie sie in den Beiträgen von *Su Yeong-Chin* (in diesem Band, S. 25) und von *Zhu Qingyu* (in diesem Band, S. 227 ff.) aus meiner Sicht zum Ausdruck kommt. Zu Recht weist *Kern*, aaO (Typizität), S. 220 ff. darauf hin, dass sich in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung extreme Lösungen als nicht haltbar erwiesen.

[114] So das gängigste allgemeine Argument: *Baur/Stürner*, aaO, § 1 Rn. 3 ff.; *Kern*, aaO, S. 236 („zustandsbezogene Publizität“). Einen sehr lesenswerten Überblick über die Entwicklung besonderer sachenrechtlicher Grundprinzipien und ihre rechtspolitische und methodische Rechtfertigung gibt neuerdings *Jan Felix Hoffmann*, The Proprium of Property Law, EPLJ 2021; 1082-3): 241–262 mNw.

[115] *Baur/Stürner*, aaO, § 1 Rn. 8 ff.; *Kern*, aaO, S. 238 f. (transaktionsbezogene Publizität).

[116] Zur Erhöhung der Verfügbarkeit dinglicher Rechte als Typisierungsfaktor *Kern*, aaO, S. 244 ff.

[117] Hierzu der Überblick bei *Kern*, aaO, S. 253 ff.

[118] Nicht ohne Grund hat sich gerade in den USA das Grundstücksrecht nur zögerlich einer Typisierung angenähert, weil die reichen Ressourcen verfügbaren Landes über lange Zeit konfliktvermeidend wirkten; zutreffend *Kern*, aaO, S. 248. Die Fläche der Bundesrepublik Deutschland ist etwas kleiner als die des US-Bundesstaates Montana, wobei die BRD gegenwärtig ca. 81 Millionen Einwohner hat und die USA insgesamt ca. 320 Millionen.

ökonomischen und öffentlichen Interesse.[119] Es ist bereits darauf hingewiesen, dass der Gedanke der Typisierung absoluter Rechte ganz allgemein gesagt darauf beruht, dass absolute Rechte Freiheitsräume beschreiben, die nach klarer Abgrenzung untereinander verlangen und inhaltliche Gestaltungsfreiheit mit der notwendigen Einfachheit und Klarheit solcher Abgrenzung unvereinbar ist, also im Ergebnis zu große inhaltliche Freiheit die Freiheit anderer Bürger stören müsste, weil Freiheit ohne inhaltliche Mindestbindung sich immer selbst zerstört. Es geht insoweit also gerade nicht um formale Kategorien und rechtstechnische Reglungsprobleme, sondern um ein fundamentales Anliegen freiheitlicher Gesellschaften.[120]

In den Rechtskulturen des common law verlief die Entwicklung zur Typizität insoweit anders und wesentlich langsamer als auf dem Kontinent, als das Verständnis des Grundeigentums sich sehr spät von der Konzeption lehensrechtlichen Besitzes löste und eher als ein Bündel von Einzelrechten betrachtet wurde, die vertraglicher Gestaltung unterlagen, während nur das Eigentum des obersten Lehensherrn als Vollrecht verstanden war, ohne im eigentlichen Sinne verkehrsfähig zu sein.[121] Mit der in den Städten aufkommenden Mobilisierung bürgerlichen Eigentuns war diese historisierende Vorstellung immer schwerer vereinbar, und beim heutigen Stand der Entwicklung erinnert eigentlich nur noch die Terminologie (fee simple absolute, bzw. freehold estate) an diese Konzeption, im Rechtsverkehr dominiert sowohl in England als auch in den USA der dem kontinentalen Volleigentum ähnliche title. Bei den Sicherungsrechten an Grundstücken ist die englische mortgage durch Rechtsprechung und teilweise auch Gesetzgebung nicht weniger standardisiert als auf dem Kontinent,[122] und in den USA hat die Rechtsprechung die Unterschiede zwischen dem pfandrechtlichen Verständnis der mortgage (lien theory) und dem an einer Sicherungsübertragung orientierten Verständnis (title theory) weitgehend eingeebnet, was sich teilweise auch in einzelstaatlichen Kodifikationen niederschlägt.[123] Bei den Mobilien erweist sich der Uniform Commercial Code als ein herausragendes Beispiel

[119] Den Zusammenhang zwischen wachsendem wirtschaftlichem Austausch und fortschreitender Typisierung betont zu Recht *Kern*, aaO, S. 248 ff., vor allem auch unter Hinweis auf die Entstehung der §§ 2 und 9 des Uniform Commercial Code.

[120] Dazu schon ausführlicher oben unter IV. 6.

[121] Hierzu und zum Folgenden allgemein *Megarry/Wade*, The Law of Real Property, 9. Aufl. 2019, *Kern*, aaO, S. 179 ff., 182 ff., 195 ff.; *Stadler*, aaO (Gestaltungsfreiheit), S. 38 ff.; *J.F. Hoffmann*, The Proprium of Property Law, EPLJ 2021, 10(2–3): 241 ff., 244 ff.; kurzer Hinweis bei *Baur/Stürner,* aaO, § 64 Rn. 31, 47; ausführlicher zur englischen Rechtsgeschichte des Eigentums künftig *Baur/Stürner/Stadler*, aaO (in Vorbereitung), § 63 Rn. 50 ff., 65.

[122] *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 42; zur Geschichte *künftig Baur/Stürner/Stadler*, aaO, § 63 Rn. 100 ff.; ausführlich zur englischen mortgage *Rink*, Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England, 2006.

[123] Dazu *Burkhart/Freyermith/Nelson/Withman*, Real Estate Finance Law, 2014; zum Überblick über Grundstücksgeschäfte und ihre Finanzierung *Murray/Stürner*, The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation, 2010, S. 103 ff., 127 ff.; auf neuerem Stand *Murray/Stürner*, German Notaries and Real Estate and Coporate Law Matters, 2020, S. 107 ff.; *Baur/*

einer Typisierung, die fast stärker ausfällt als in den Kodifikationen des europäischen Kontinents.[124] Es waren überwiegend wirtschaftliche Zwänge,[125] die zur Typisierung und Standardisierung führten, bei der mortgage des common law in England und USA der Druck der Märkte.[126]

3. *Typisierung ohne Numerus Clausus im Schuldrecht*

Die Diskussion über den Nutzen der Typisierung im Schuldrecht konnte sich ursprünglich hauptsächlich nur auf den Gedanken stützen, dass die Parteiautonomie eines Leitbildes vertraglicher Ausgewogenheit bedürfe, das der Gesetzgeber vorgeben und dabei auch äußerste Grenzen noch vertretbarer Gestaltung festlegen müsse. Der Weg parteiautonomer Gestaltung zur Ausgewogenheit schien ohne solche Vorgaben zu beschwerlich, zu schadensgeneigt und kostenträchtig sowie ökonomisch ineffizient und sowohl im Interesse der einzelnen Bürger als auch im Allgemeininteresse nicht sinnvoll.[127] Eine geringere Rolle spielte in diesem Bereich ursprünglich

---

Stürner, aaO, § 64 Rn. 54; ausführlich *Böning*, Grundpfandrechte in Deutschland und USA. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundesstaates Kalifornien, 2010.

[124] Zum security interest des Uniform Commercial Code siehe § 9 UCC 2010 with comments; kompetente kurze Darstellung durch das Mitglied der Reformkomission 2010 zu § 9 UCC *Harry C. Sigman,* Perfection and Priority of Security Rights, in: Eidenmüller/Kieninger, The Future of Secured Credit in Europe, 2008, S. 142 ff.; kurze Darstellung in *Baur/Stürner*, aaO, § 64 Rn. 111 ff. Das UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das entsprechende UNCITRAL Model Law basieren weithin auf dem US-amerikanischen UCC.

[125] Zur Bedeutung der Sekundärmärkte bei der Vereinheitlichung des Rechts der mortgage und der Bedeutung des Verbraucherschutzes im federal und state law der USA *Murray/Stürner*, Civil Law Notary, aaO, S. 108 f., 120 f., 130 ff.; *Kern,* aaO (Typizität), S. 216 ff.

[126] Der Beitrag der law and economics – Bewegung zur Typizität und ihrer Kritik ist wenig hilfreich (*Merrill/Smith* 111 Yale L.J. 357 (2201/2002); *dies.* 110 Yale L.J. 1 ff. (2001/2002); *H.E. Smith* 79 N.Y.U.L.Rev. 1719 ff. (2004); *Hansmann/Kraakman* 31 J. Legal Stud. 373 ff. (2002)). Hinter neuen Begriffssystemen verbergen sich bestenfalls Gesichtspunkte, die aus der rechtsgeschichtlichen Diskussion bekannt sind und Wertungsfragen aufwerfen, aber exakter Erfassung und abwägender Kalkulation nicht zugänglich sind (dazu schon *Stürner*, Markt und Wettbewerb über Alles, 2007, S. 149 ff., 151 f.; *ders.* AcP 210 (2010), 105 ff., 153 f.; zur Kritik noch *Kern*, aaO, S. 452 ff.,).

[127] Zu dieser bereits oben unter I. 2 kurz erwähnten Bedeutung des Typus die dortigen Nachweise bei *Esser*, aaO; *Larenz*, aaO; *Leenen*, aaO: *Möllers,* aaO; *Kern*, aaO; alle in Fußnote 10. In neuerer Zeit hat dieser auf dem Kontinent und in kontinental orientierten Rechtskulturen im Schuldrecht weithin und über Jahrhunderte akzeptierte Gedanke zur Funktion schuldrechtlicher Typenbildung auch in den USA Anklang gefunden. Dies geschah allerdings in Gestalt der scheinbar neuen Idee, dass der Gesetzgeber dem schlecht informierten sowie durch hemmende „biases" belasteten und deshalb nur beschränkt zur ausgewogenen Entscheidung befähigten Marktteilnehmer „nudges", also kleine Anstöße zur richtigen Entscheidungsbildung geben sollte; so *Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler*, Nudge, 2009; weniger populistisch bereits *Sunstein/Thaler*, Libertarian Liberalism is not an Oxymoron, 70 U. Chi. L. Rev. 1159–1202 (2003); dazu *Stürner* AcP 210, (2010), 105 ff., 150/151; zur Funktion dispositiven Rechts im Schuldrecht *Kern*, aaO (Typizität), S. 537 ff. Es ist ermutigend, wenn Wirtschaftswissen-

das Informationsinteresse des Rechtsverkehrs, weil anders als im Sachenrecht der Grad der Mobilisierung vertraglicher Rechtsverhältnisse viel geringer war als im Bereich dinglicher Rechte. Inzwischen hat sich allerdings ergeben, dass vor allem im Bereich vertraglicher Forderungen die Mobilisierung stark zugenommen hat, nicht zuletzt durch die Ausgliederung der Verwaltung und Realisierung von Außenständen, aber auch durch die fortschreitende Verbriefung von Darlehensforderungen und auch anderer Arten schuldrechtlicher Forderungen.[128] Man sollte nicht außer Acht lassen, dass die Finanzkrise des Jahres 2008 ihren Ausgang im US-amerikanischen Darlehenswesen nahm, bei der nicht nur unterwertige Hypotheken eine Rolle spielten, sondern auch die Bedingungen von Darlehensverträgen mit eigenartigen Entschuldungsmöglichkeiten für die Darlehensschuldner.[129] Hier hatte die Klugheit der Märkte völlig versagt, weil den zur Feststellung der Wertigkeit der in Deckungsfonds eingebrachten Werten jede rechtliche und wirtschaftliche Transparenz fehlte. Man hat in den USA vor allem mit Musterverträgen Abhilfe zu schaffen versucht, deren Beachtung Voraussetzung für eine Mobilisierung von Darlehensforderungen im Rahmen von Verbriefungen durch die marktbeherrschenden und teilweise auch in der Inhaberschaft der öffentlichen Hand befindlichen Finanzinstitute war und noch ist.[130]

4. Standardisierung durch Märkte statt gesetzlicher Typisierung?

Mit der Feststellung, dass auch Märkte vereinheitlichend wirken können, stoßen wir auf die These, dass typisierende Gesetzgebung auf Privatautonomie und ihrem Erfindungsgeist beruhende rechtliche Innovation zu sehr behindere und deshalb auch im Sachenrecht mehr Raum für inhaltliche Gestaltung bleiben müsse. Dass deshalb die Leitbildfunktion staatlicher Kodifikation weithin oder gar ganz entfallen könne, ist schon vor dem Hintergrund historischen Erfahrungen mit Märkten eine sehr gewagte These. Der Zustand eines voll funktionierenden „idealen" Marktes ist eine *Wunschvorstellung*, die in der Realität kaum je zutrifft. Dies liegt letztlich nicht nur daran, dass realistischer Weise immer Informationsgefälle bestehen werden,[131] sondern auch

---

schaften alte Weisheiten der Rechtsgeschichte wiederentdecken und dafür sogar Nobelpreise (Thaler 2017) verteilt werden; zugleich zeigt dies aber auch etwas bedenkliche Seiten moderner Wissenschaftskultur und ihrer stark von lärmender Präsentation abhängigen Wirkungsgeschichte.

[128] Dazu *Stürner*, Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen, ZHR 173 (2009), 363–378; *Kern*, Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere, 2004.

[129] Zusammenfassend *Stürner* AcP 210 (2010), 105 ff., 144 ff. mNw.; *Kern*, aaO (Typizität), S. 527 ff.

[130] Hierzu *Murray/Stürner*, aaO (Civil Law Notary), S. 108 f., 120 f., 130 ff.; *Kern,* aaO (Typizität), S. 216 ff.

[131] Dazu *Stürner*, Risikoauslagerung und Information in der kompetitiven Marktgesellschaft. Einige Bemerkungen zu systemimmanenten Schwächen des Informationsmodells, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 1, 2007, S. 1489 ff.; *ders.,*

an der Unfähigkeit menschlicher Entscheidungsbildung, sich entsprechend bekannter Informationen rational zu entscheiden und diese Entscheidung umzusetzen.[132]

Vor allen Dingen besteht beim sogenannten Konditionenwettbewerb die Gefahr der Marktdominanz einzelner Verbände und Gruppen, die sich von ihrem eigenen Vorteil leiten lassen und nicht um Ausgewogenheit vertraglicher Gestaltung bemüht sind. Ein gutes Beispiel für ein solches Marktversagen auf dem Gebiet des Sachenrechts ist das völlig unzuverlässige Landregistersystem in fast allen Einzelstaaten der USA,[133] das bei jeder Transaktion einen title research und eine title insurance erforderlich macht. Es war neben politischer Trägheit nicht zuletzt die Marktmacht der den Grundstücksverkehr beherrschenden Unternehmen und Akteure, die an ihren Vertragsbestimmungen mit den entsprechenden notwendigen Sicherungsmaßnahmen festzuhalten gewillt waren und die Einrichtung zuverlässiger Register verhinderten, wie sie in England nunmehr nach langem Zögern eingerichtet worden sind. Diese fortschrittsbehindernde Wirkung beherrschter oder einseitig beeinflusster Märkte und ihrer Konditionen lässt sich durch einen vom Gesetzgeber vorgegebenen regulatorischen Rahmen leichter und kostengünstiger beseitigen als durch kontinuierliche mittelbare staatliche Einflussnahme auf den Markt der Konditionen. Märkte pflegen sich auch eher am zeitlich kurzen Vorteil zu orientieren und scheuen die große langfristige Investition im Allgemeininteresse, wenn der Gesetzgeber nicht Parameter der Nachhaltigkeit vorgibt oder doch – in modischer moderner Terminologie – zumindest entsprechende deutliche Anstöße (nudges) gibt, die im Sachenrecht klarer ausfallen müssen als im Schuldrecht. In den USA hat der Markt kurzsichtig die auf Dauer teurere und im Konfliktfall weniger befriedigende Regelung vorgezogen, die im Ernstfall mit Geld entschädigt und damit dem Charakter von Land als Unikat oft nicht gerecht werden kann.

Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007, S. 89 ff.; zum Informationstopos und dem Nutzen der Typizität *Kern*, aaO (Typizität), S. 463 ff.

[132] Zu dieser Problematik, um deren Aufarbeitung sich der financial behaviourism verdient gemacht hat, *Simon* 69 Quart. J. Econ. 99 (1955); *Festinger*, A Theory of Dissonance, 1957; *Tversky/Kahneman* 5 Cogn. Psychol. 207 (1973); *Jacoby/Speller/Kohn* 11 Journal of Market Res. 63 (1974); *Thaler* 1 J. Econ. Behav. Organ 39, 44 (1980); *Kahneman/Knetsch/Thaler* 98 JPE 1325 (1990); *Posner* 50 Stan. L. Rev. 1551 (1998); *Korobkin/Ulen* 88 Cal.L. Rev.1051, 1064 ff. (2000); *Shleifer*, Inefficient Markets, 2000; *Farber* 68 U. Ch. L. Rev. 279 (2001); *Kaplan/Shavell*, Fairness versus Welfare, 2002, S. 410 ff.; guter Problemaufriss in deutscher Sprache bei *Eidenmüller* JZ 2005, 216 ff., 218 ff., 221; sa *Stürner*, Markt und Wettbewerb, aaO, S. 90 f. Es verdient Beachtung, dass gerade diese Erkenntnisse der Grund waren, warum *Sunstein/Thaler* die schon oben (unter VII. 3)) erwähnten „nudges" als Mittel der Abhilfe vorschlugen.

[133] Zu dieser zweifelhaften Entwicklung des US-amerikanischen Grundstücksrechts nochmals wie schon oben (unter VII. 3)) *Murray/Stürner*, aaO (Civil Law Notaries), S. 120 f., 130 ff.

5. Digitalisierung und künstliche Intelligenz statt gesetzlicher Typisierung?

In manchen Stellungnahmen neuester Zeit klingt die These an, die fortschreitende Digitalisierung erlaube Transparenz auch im Dickicht massenhafter Vielgestaltigkeit von vertraglichen Gestaltungsformen.[134] Offenbar hält man Formen der artificial intelligence auf Dauer für befähigt, einzelne Gestaltungen aufzufinden, einzuordnen und zu kontrollieren und zu bewerten. Des gesetzgeberischen Typus oder Leitbildes bedürfte es dann in der Zukunft nur noch eingeschränkt – oder sogar gar nicht? Dabei bleibt offen, woher die künstliche Intelligenz ihre Maßstäbe für eine solche Bewertung nehmen soll. Von einem sich unter permanenter digitaler Überwachung herausbildenden Mainstream der Voraussicht und Vernunft oder nicht doch anhand von Leitlinien oder Regeln gesetzgeberischer Vorgaben? Wo bleibt die Berücksichtigung demokratischer Willensbildung zu bedeutsamen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen? Wer schützt zuverlässig vor Manipulationen? Bisher waren mit digitalen Fortschritten auch immer versteckte Bereicherung, Manipulationen und rechtwidrige Eingriffe in fremde Rechte oder sogar vermehrte kriminelle Akte verbunden. Dabei wird es bleiben, wenn die Erfahrungen der Gegenwart nicht trügen und rechtzeitige staatliche Regelbildung ausbleibt. Die Entwicklung des Rechts der digitalen Provider und Medien, die man in einer ersten Phase als einen begrüßenswerten Freiraum vom traditionellen Medienrecht betrachtet hat, läuft in der Gegenwart immer stärker auf eine angepasste Anwendung traditioneller Rechtsvorschriften des Medienrechts hinaus, wie sie vor allem der EuGH verordnet hat[135] und inzwischen auch von der Gesetzgebung der EU immer stärker betrieben wird. Man kann deshalb die Prognose wagen, dass auch im Zeitalter digitaler Register die erleichterte Registrierung und Auffindbarkeit nicht zur Änderung und Aufgabe rechtlicher Inhalte führen wird, die für eine Gesellschaft und Wirtschaft konstitutiv sind, was bei absoluten Rechten und ihrer Abgrenzung zu obligatorischen Rechten durchaus der Fall ist, es sich also gerade nicht um formale buchhalterische Kategorien handelt.[136]

---

[134] Hierzu die Bemerkungen im Beitrag von *Zhu Qingyu* am Ende unter Hinweis auf *Su Yeong-Chin*, The Idea and Blueprint of the Civil Code, Peking University Law Journal 2021, 82. Allerdings argumentiert *Zhu Qingyu* sehr vorsichtig und bedachtsam und scheint die Entscheidung über die Verdinglichung von Rechtspositionen nicht voll den Parteien, sondern in Grundlinien doch dem Gesetzgeber überlassen zu wollen.

[135] Dazu EuGH, 13.06.2014, Rechtssache Google Spain SL, wo im Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht und Medienfreiheit das Gericht der von Google behaupteten Unmöglichkeit eines Eingriff in das System programmierter Algorithmen mit den deutlichen Worten zurückwies, Google müsse sein Geschäftsmodell und seine technischen Möglichkeiten dem geltenden Recht anpassen und nicht umgekehrt; dazu *Stürner*, The Influence of the Court of Justice of the European Union on National Law, Festschrift für Hiroyuki Matsumoto zum 70. Geburtstag, 2016, S. 823 ff., 832; in gleichem Sinne *ders.,* Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik, AcP 214 (2014), 7 ff., 52 f.

[136] Dazu schon oben unter IV. 6.

VIII. Das verfassungsrechtliche Argument

In der Diskussion um die Typizität als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel insbesondere für absolut wirkende Rechte wird oft argumentiert, der Gesetzgeber könne in die inhaltliche Vertragsfreiheit durch zwingende Typenbildung im Sinne eines *numerus clausus* absoluter Rechte nur eingreifen, wenn ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit im Interesse des Schutzes wichtiger anderer Rechtsgüter zwingend geboten sei, wofür der Gesetzgeber die volle „Beweislast" trage. Zwar lässt sich nach deutschem Verfassungsverständnis die inhaltliche Vertragsfreiheit als wesentliches Element zivilrechtlicher Privatautonomie mit guten Gründen dem Schutzbereich verfassungsrechtlich garantierter Handlungsfreiheit[137] zuordnen. Allerdings bedeutet dies nur, dass Bürgerinnen und Bürger prinzipiell frei sind und der Staat ihnen gegenüber bei Eingriffen in ihre Freiheit gebunden und rechenschaftspflichtig ist, also insbesondere andere Verfassungsnormen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Beschränkungen zu rechtfertigen vermögen. Dies ist etwas anderes als eine „Beweislast" des Gesetzgebers, weil es insoweit nicht um die Überzeugung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Tatsachen geht, sondern um die nachvollziehbare Bewertung des Gesetzgebers, dass andere verfassungsmäßige Rechtsgüter den Eingriff als geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen lassen. Es ist oben bereits ausgeführt, dass absolute Rechte individuelle Freiheitssphären mit Mitteln des Zivilrechts näher beschreiben und im Detail umgrenzen und dabei die Freiheitssphäre anderer Grundrechtsträger schützen (Art. 2, 14 GG),[138] also eine wichtige rechtsstaatliche Funktion materiellen Gehalts erfüllen, die zwar Publizität durch registermäßige Information mit umfasst, sich darin jedoch nicht erschöpft. Dabei bleibt der Eingriff in die Vertragsfreiheit gering und auf jeden Fall angemessen, soweit wie im deutschen Sachenrecht kaum Fälle denkbar sind, in denen ein rechtlich zulässiger wirtschaftlicher Zweck nicht mit den zur Verfügung stehenden sachen- und schuldrechtlichen Gestaltungsformen in zumutbarer Weise erreichbar bliebe.[139] Hinzu kommt das gewichtige öffentliche Interesse an Rechtsfrieden und zuverlässiger Dispositionsmöglichkeit über wirtschaftlich bedeutsame Rechtsgüter. Das verfassungsrechtliche Argument wird deshalb nach den Kriterien des deutschen Verfassungsrechts schwerlich gegen die Typisierung gewichtiger Rechtspositionen durch den Gesetzgeber ins Feld geführt werden können, zumal es dazu neigt, die Einschätzungsprärogative des demokratisch gewählten Gesetzgebers viel zu eng an die verfassungsrichterliche Leine zu legen.

Hinzu kommt, dass eine menschenrechtliche Garantie der Vertragsfreiheit als wirtschaftliches Grundrecht sich aus der Europäischen Menschenrechtkonvention nicht in gleichem Umfang wie aus dem deutschen Verfassungsrecht wird herleiten

[137] Art. 2 Abs. 1 GG; dazu BVerfGE 88, 384, 403; 103, 197, 215 ff.; 148, 267, 282.

[138] Vgl. oben unter IV. 6 und VII. 2.

[139] Dazu oben unter IV. 6.

lassen.[140] Eher greifen insoweit die Freiheiten der Europäischen Grundrechtscharta[141] oder die europäischen Marktfreiheiten mit ihrer Ausstrahlungswirkung, wo insbesondere der EuGH an berufsrechtliche Regulierungen strenge Maßstäbe anlegt, soweit marktbeschränkende Effekte einer Regulierung in Frage stehen.[142] Nachdem aber im Bereich der Europäischen Union die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich unberührt bleiben (Art. 345 AEUV)[143] und bei der Typizität absoluter Rechte von einem weitgehenden Gleichlauf auszugehen ist, sind störende Effekte insoweit nicht zu erwarten, viel eher könnten sich Intransparenz und unklare Abgrenzung absoluter Rechte auf freie Märkte hinderlich auswirken.

Speziell für die chinesische Entwicklung erscheint der Vorschlag der Entmachtung des Gesetzgebers zu Gunsten größerer Macht der Vertragsparteien bei rechtlicher Gestaltung nicht sehr empfehlenswert, weil sie dem historischen Entwicklungsstand gesellschaftlicher Gestaltung nicht entspricht. Der Schritt zur Stärkung privatautonomer Elemente der Wirtschaftsverfassung liegt noch nicht sehr weit zurück, und der Wunsch nach rascher rechtlicher Deregulierung, die über das Niveau des Kontinents hinausreicht, könnte den Stand der Entwicklung überfordern.[144]

IX. Schlussbemerkung

Das chinesische ZGB hat – anders als das deutsche BGB des Jahres 1900 – den Weg stärkerer und im Sachenrecht umfassender Typenfixierung gewählt und ist im Sachenrecht auch der Modernisierung des Code civil in wesentlichen Punkten nicht gefolgt. Etwas mehr Offenheit für freie vertragliche Gestaltung wäre in manchen Punkten durchaus ratsam. Gleichwohl erscheint eine allzu grundsätzliche Kritik

---

[140] Inwieweit sie im Rahmen der Garantie des Eigentumsrechts im 1. Zusatzprotokoll zur EMRK Art. 1 mit menschenrechtlichem Schutz umkleidet ist, muss in seinen Einzelheiten in diesem Beitrag offenbleiben; hierzu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 25 I, S. 621 ff.; in weiten Teilen ähnelt insoweit die Rechtsprechung des EGMR der Rechtsprechung des deutschen BVerfG. Sie legt vor allem für Epochen des Übergangs in eine liberalere Eigentumsordnung wie das BVerfG bei der deutschen Wiedervereinigung sehr großzügige Maßstäbe an; dazu *Grabenwarter/Pabel*, aaO, S. 636 f. mNw.; ferner *Baur/Stürner*, aaO, § 63 Rn. 30, 34, 41, 43 f., 48 mit weiteren Nachweisen; zur Kritik Rn. 64 ff.

[141] Vgl. Art. 16 und 17 Charta der Grundrechte der Europäischen Union; dazu schon *Baur/Stürner*, aaO, § 13 Rn. 25a (zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon).

[142] Dazu *Stürner*, Markt und Wettbewerb über Alles?, aaO, S. 23 ff., 269 ff.; *ders*., in *Gaier* (Hrsg.), Festschrift 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 273 ff., 311 ff., 314 ff. mNw. (anwaltliches Berufsrecht).

[143] Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

[144] Zu diesen Grundfragen *Stürner*, The Long Road Towards a Balance Between Liberalism and Socialism in Europe and Germany – An Example for Cultures and Societies in Other Parts of the World?, in: Governo da Regiao Administrativa Especial de Macau (Herausgeber), 2019, S. 23 ff.

überzogen. Wenn man den relativ kurz zurückliegenden Ausgangspunkt neuer gesellschaftlicher Entwicklung Chinas mit in Betracht zieht, bleibt das ZGB auch unter dem Aspekt ausgewogener Typisierung eine Kodifikation des Zivilrechts, die einem Vergleich mit anderen Kodifikationen durchaus Stand zu halten vermag.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Rolf Stürner

André Janssen[*]

I. Einleitung

Ich möchte mich zunächst beim Herrn Kollegen Stürner für seinen sehr anregenden und gehaltvollen Beitrag mit dem Titel „Versuch einer Bewertung des chinesischen ZGB vor dem Hintergrund der europäischen und deutschen Rechtsgeschichte“ bedanken, den er mir freundlicherweise schon vor der heutigen Veranstaltung zur Verfügung gestellt hat. Da die Diskussionszeit bei einer Tagung immer ein kostbares Gut ist und ich die mir zugestandene Zeit nicht überschreiten will, beschränke ich mich auf einige kurze inhaltliche Anmerkungen zu den Ausführungen des Kollegen Stürner. Meine Anmerkungen sind dabei teils von kommentierender, teils aber auch von ergänzender oder weiterführender Art. Sie sind in jedem Fall sehr selektiv, gehen daher also nicht auf alle vom Vorredner genannten Gesichtspunkte ein. Ich möchte im Folgenden drei Aspekte näher beleuchten.

II. Die Einbindung des chinesischen ZGB in die kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen

Lassen sie mich nunmehr zum ersten Gesichtspunkt meines Diskussionsbeitrages kommen. Der Kollege Stürner führt aus, dass es sich beim chinesischen ZGB um ein Gesetzbuch handele, das den kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen verbunden sei – „und zwar im Aufbau ebenso wie in einem wesentlichen Teil seiner Denkmuster“.[1] Dem möchte ich grundsätzlich zustimmen, wenngleich man, wie es der

[*] Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Die in diesem Beitrag verwendete deutsche Übersetzung des chinesischen ZGB stammt von *Ding/Leibküchler/Klages/Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.

[1] *Stürner*, in diesem Band, 90.

Vorredner auch zutreffend gemacht hat, immer die Unterschiedlichkeit der verschiedenen (kontinental)europäischen Rechtstraditionen vor Augen haben und betonen muss: *Eine* einheitliche kontinentaleuropäische Rechtstradition, also „ein europäisches Civil Law" gibt es nicht und vor einer Übersimplifizierung muss gewarnt werden und dieser darf ein Forscher nicht erlegen sein. Dazu sind die einzelnen europäischen Rechtstraditionen schlichtweg zu verschieden. Es gibt nur einen großen Flickenteppich verschiedener europäischer Rechtsordnungen, die inzwischen zunehmend durch das EU-Privatrecht, dem sogenannten *Acquis Communautaire* überformt werden. Diese zunehmende Überformung rechtfertigt aber nicht von einer einheitlichen europäischen Rechtstradition zu sprechen.

Nach mehreren intensiven Gesprächen mit Wissenschaftlern aus dem Common Law-Bereich möchte ich aber auch nicht verhehlen, dass diese teilweise zu einer anderen Einordnung des chinesischen ZGB als der Vorredner und ich gelangen. So sehen einige von ihnen aufgrund des Einflusses des Common Law auf das chinesische Zivilrecht in diesem ein rechtliches Mischsystem (ein sogenanntes *mixed legal system*). Teilweise ist man sogar der Auffassung, das chinesische Zivilrecht sei sogar überwiegend dem Common Law zuzurechnen. Nun hat das chinesische ZGB unstreitig Elemente aus dem Common Law übernommen, wie die Einführung von verschiedenen Strafschadenstatbeständen (sogenannte *punitive damages*) in Art. 1185 des chinesischen ZGB (Verletzung intellektuellen Eigentums),[2] Art. 1207 des chinesischen ZGB (Produkthaftung)[3] und Art. 1232 des chinesischen ZGB (Umweltschäden)[4] oder die Aufnahme der antizipierten Vertragsverletzung (sogenannter *anticipatory breach*) in Art. 578 des chinesischen ZGB[5] belegen. Ich bin aber dennoch gemeinsam mit dem Kollegen Stürner der Ansicht, dass das chinesische ZGB insgesamt gesehen aufgrund seines Aufbaus und seiner Denkmuster im europäischen Civil Law verortet werden kann. Zu deutlich erscheint mir beim chinesischen ZGB die kontinentaleuropäische Denkweise zum Vorschein zu kommen, woran auch

[2] Art. 1185 [Strafschadensersatz bei vorsätzlicher Verletzung der Immaterialgüterrechte]: Bei vorsätzlicher Verletzung der Rechte am geistigen Eigentum eines anderen ist der Verletzte bei Vorliegen schwerwiegender Umstände berechtigt, entsprechenden Strafschadensersatz zu fordern.

[3] § 1207 [Strafschadensersatz]: Wenn jemand von der Fehlerhaftigkeit des Produkts weiß [und das Produkt] dennoch produziert [und] absetzt oder nicht gemäß dem vorigen Paragrafen wirksame Maßnahmen zur Abhilfe ergreift, sodass der Tod oder erhebliche Gesundheitsschäden anderer verursacht werden, ist der Verletzte berechtigt, entsprechenden Strafschadensersatz zu fordern.

[4] Art. 1232 [Strafschadensersatz]: Führt ein Verletzer unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen [durch] eine vorsätzliche Umweltverschmutzung [oder] Zerstörung der Ökologie eine erhebliche Folge herbei, ist der Verletzte berechtigt, entsprechenden Strafschadensersatz zu fordern.

[5] Art. 578 [Antizipierte Vertragsverletzung]: Wenn eine Partei klar erklärt oder durch ihre Handlung zum Ausdruck bringt, dass sie Vertragspflichten nicht erfüllen wird, kann die andere Seite vor dem Ablauf der Erfüllungsfrist von ihr fordern, für Vertragsverletzung zu haften.

die inkorporierten Common Law-Elemente nichts ändern. So hat etwa auch das deutsche Recht 2002 mit der Schuldrechtsreform das aus dem Common Law stammende Konzept des antizipierten Vertragsbruchs übernommen (vgl. § 323 Abs. 4 BGB), ohne dass ernsthaft jemanden auf die Idee kommen würde, das deutsche Zivilrecht als ein rechtliches Mischsystem oder sogar als ein Common Law-System anzusehen.

III. Die stärkere Betonung der Verhaltenssteuerung im chinesischen ZGB

Lassen sie mich nunmehr noch einen weiteren Gesichtspunkt näher beleuchten. Trotz der gerade beschriebenen grundsätzlichen Einordnung des chinesischen ZGB in die Reihe der kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen gibt es auch signifikante Unterschiede zu ihnen, die man klar vor Augen haben muss. Zutreffend nennt der Kollege Stürner hier insbesondere den Bereich der Eigentumsgestaltung, der in China nach wie vor stark vom Sozialismus mitgeprägt ist und sich deutlich vom (kontinental-)europäischen Rechtsdenken unterscheidet. Mir erscheint aber auch noch ein weiterer Unterschied wichtig, der nicht so sehr den Aufbau des ZGB selbst, aber vielmehr seine eigentliche Zielrichtung betrifft. Spielt der Gedanke der Verhaltenssteuerung im Kernprivatrecht der (kontinental-)europäischen Rechtsordnungen regelmäßig nur eine untergeordnete Rolle, so scheint dies im chinesischen Privatrecht im Allgemeinen und beim neuen chinesischen ZGB im Besonderen anders zu sein. Letztgenanntes ZGB betont nämlich meines Erachtens in seiner Gesamtheit viel stärker als die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen den Aspekt der Verhaltenssteuerung zu unterschiedlichsten gesellschaftspolitisch gewollten Zwecken. Drei kurze Beispiele zur Illustration sollen an dieser Stelle genügen.

So lässt das chinesische ZGB keinen Zweifel daran, dass es ein Gesetzbuch mit „*Chinese characteristics*“, will heißen mit sozialistischen Besonderheiten, ist.[6] Bereits Art. 1 des chinesischen ZGB[7] macht deutlich, dass es dem Gesetzbuch zumindest auch zentral um die Entwicklung des Sozialismus mit chinesischen Besonderheiten und der Förderung der sozialistischen Grundwerte geht. Auch weitere Artikel des chinesischen ZGB lassen diese Bestrebungen deutlich anklingen, wie etwa

---

[6] Diese „Chinese characteristics“ sind keinesfalls ein Novum des neuen chinesischen ZGB. Sie waren vielmehr bereits in den früheren chinesischen zivilrechtlichen Einzelgesetzen zu finden (siehe etwa Art. 1 des früheren Contract Law of the People’s Republic of China).

[7] Art. 1 [Gesetzgeberisches Ziel]: Um die legalen Rechte und Interessen der Zivilsubjekte zu schützen, die Zivilbeziehungen zu regeln, die gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung zu wahren, zur Anpassung an die Erfordernisse der Entwicklung des Sozialismus mit chinesischen Besonderheiten [und] zur Förderung der sozialistischen Grundwerte wird aufgrund der Verfassung dieses Gesetz festgesetzt.

Art. 206 ZGB,[8] der unter anderem die Vervollständigung des sozialistischen Marktwirtschaftssystems als Ziel ausgibt. In den Rechtsordnungen westlicher Prägung sucht man eine solche Ausrichtung des Privatrechts verständlicherweise vergeblich.

Als weiteres Vorbild für die im Vergleich zu europäischen Rechtsordnungen stärkere Betonung der Verhaltenssteuerung im chinesischen ZGB können etwa die Art. 9 des chinesischen ZGB[9] und Art. 1232 des chinesischen ZGB genannt werden, die sich mit den Themen Nachhaltigkeit und Umweltschutz befassen. So haben nach Art. 9 des chinesischen ZGB alle Zivilsubjekte bei Zivilaktivitäten zur Schonung von Ressourcen beizutragen und die ökologische Umwelt zu schützen; und führt ein Verletzer rechtswidrig eine erhebliche vorsätzliche Umweltverschmutzung oder Zerstörung der Ökologie herbei, ist der Verletzte nach Art. 1232 des chinesischen ZGB berechtigt, entsprechenden Strafschadensersatz zu fordern.[10] Nun steht sicherlich das Thema der Nachhaltigkeit und der Schutz der ökologischen Umwelt ebenfalls in Europa sehr hoch auf der Tagesordnung, und dies gilt auch für die Frage, welche Rolle das Privatrecht zur Verwirklichung der genannten Ziele beitragen kann. Die Diskussionen reichen dabei vom Einsatz des derzeitigen zivilrechtlichen Instrumentariums zum Zwecke des Umweltschutzes,[11] bis hin zur Frage der Neuausrichtung des Privatrechts anhand der Parameter „Nachhaltigkeit und Umweltschutz", wie etwa die Debatten um ein nachhaltigeres Verbraucherrecht (z. B. um das ökologisch bedenkliche Widerrufsrecht) zeigen.[12] In den europäischen Zivilgesetzbüchern ist eine dem chinesischen ZGB vergleichbare umweltpolitische Zielrichtung aber meines Wissens nach wie vor beispielslos. Bislang stand für hierfür vor allen Dingen das öffentliche Recht im Zentrum des Interesses, wenngleich man die weitere Entwicklung sorgsam verfolgen muss.

---

[8] Art. 206 [Staatliche Leitlinien]: Der Staat hält an sozialistischen Grundwirtschaftsordnungen wie etwa, dass die Wirtschaft öffentlicher Eigentumsordnung Hauptteil ist [und] sich die Wirtschaft vielfältiger Eigentumsordnungen gemeinsam entwickelt, dass eine Verteilung nach Arbeit Hauptteil ist und vielfältige [andere] Verteilungsformen koexistieren, [und] einem sozialistischen Marktwirtschaftssystem fest und vervollständigt diese.

Der Staat festigt und entwickelt die Wirtschaft der öffentlichen Eigentumsordnung [und] fördert, unterstützt und leitet die Wirtschaft der nichtöffentlichen Eigentumsordnungen an.

Der Staat führt sozialistische Marktwirtschaft durch und gewährleistet die gleiche Rechtsstellung und die gleichen Entwicklungsrechte aller Marktsubjekte.

[9] Art. 9 [Schutz der Umwelt]: Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie zur Schonung von Ressourcen beitragen [und] die ökologische Umwelt schützen.

[10] Wobei zu erwarten ist, dass beide Normen, sollten sie denn zur praktischen Anwendung gelangen, die Richter vor erhebliche Auslegungsprobleme stellen wird.

[11] Man denke dabei etwa an die berühmte Rechtssache Milieudefensie gegen Shell in den Niederlanden, in der Shell zu einer drastischen Co2-Reduzierung verurteilt wurde. Siehe dazu <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>.

[12] Siehe hierzu etwa *Terryn*/*van Gool* The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce, Journal of European Consumer and Market Law 2021, S. 89 ff.

Als letztes Beispiel für die im Vergleich zu den (kontinental)europäischen Rechtsordnungen deutlich stärker ausgeprägte verhaltenssteuernde Zielsetzung des chinesischen ZGB kann die vermehrte Zulassung der bereits angesprochenen Strafschäden (vgl. etwa Art. 1185 ZGB für die Verletzung intellektuellen Eigentums, Art. 1207 ZGB bei Produkthaftung und Art. 1232 ZGB für Umweltschäden) genannt werden. Diese aus dem US-amerikanischen Common Law stammende Idee der *punitive damages* zielen neben dem Schadensausgleich zuvörderst auf die Bestrafung des Verletzers und auf Abschreckung (*punishment and deterrence*) ab. Zwar gibt es auch bei den (kontinental)europäischen Rechtsordnungen immer wieder Diskussionen um die Einführung von Strafschäden, auf breiter Front durchgesetzt haben sie sich aber nicht und gehören sicherlich nicht zum allgemeinen rechtlichen Besitzstand in Europa. Das Ziel der Strafe wird weiterhin in Europe ganz überwiegend dem Strafrecht und damit dem öffentlichen Recht zugeordnet.

Halten wir also hier Folgendes fest: Das chinesische ZGB verfolgt (auch) verhaltenssteuernde Ziele, die nach kontinentaleuropäischem Verständnis dem öffentlichen Recht im weiteren Sinne zuzuordnen sind. Ungewiss ist derzeit jedoch noch, inwieweit sich diese hier angesprochenen Zielsetzungen, also „Förderung des Sozialismus", „Nachhaltigkeit und Schutz der ökologischen Umwelt" und „Strafe und Abschreckung" überhaupt in der Praxis bemerkbar machen. So scheint es sich etwa bei der Zielsetzung „Förderung des Sozialismus", die schon in den früheren chinesischen zivilrechtlichen Einzelgesetzgebungsakten vorhanden war, vor allem um „law in the books" ohne größere praktische Auswirkung zu handeln.[13] Und eine von mir zusammen mit der Kollegin *Jia Wang* verfasste Studie weist bei der Frage der Strafschäden darauf hin, dass diese in China zumindest derzeit nur verhältnismäßig selten erfolgreich geltend gemacht werden und damit ebenfalls eher „law in the books" als echtes „law in action" sind.[14] Dennoch besteht bei allen hier genannten verhaltenssteuernden Elementen des neuen chinesischen ZGB sicherlich noch deutlicher Forschungsbedarf.

IV. Die Offenheit des von der Pandektistik geprägten BGB: Das Beispiel der Sicherungsübereignung

Ich komme nunmehr zum letzten hier zu besprechenden Aspekt. Dieser betrifft die These des Kollegen Stürner, dass das „BGB zwar systematische Teile, die sich an die Erkenntnisse der Pandektistik anlehnen, enthalte, das BGB aber gegenüber Fortent-

---

[13] *Janssen/Chau*, The Impact of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) on Chinese Contract Law: Past, Present, Future, in: Larry DiMatteo/Chen Lei (Hrsg.), Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, Cambridge (Cambridge University Press) 2017, S. 447, 457 ff.

[14] *Janssen/Wang*, Punitive Damages under the New Chinese Civil Code – A Critical and Comparative Analysis, Asia Pacific Law Review (APLR) 2022, S. 346–365.

wicklungen im Vertragsrecht und Sachenrecht eine Offenheit zeige, die ein Ersticken im historischen System verhindert haben“; der Vorhalt der pandektistischen Verkrustung des BGB gehe daher fehl.[15] Dieser These möchte ich vom Grundsatz her zustimmen: Das BGB zeigt sich in der Tat trotz seiner unzweifelhaften pandektistischen Prägung offen und flexibel genug, um auf neue wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen reagieren zu können. Besonders das vom Kollegen Stürner ausführlich besprochene Beispiel der Sicherungsübereignung[16] kann überzeugen und ist Ausdruck für eben diese Offenheit des BGB.

Interessant ist es in diesem Zusammenhang einen kurzen rechtsvergleichenden Blick auf die Niederlande zu werfen, die mit dem größtenteils 1992 eingeführten niederländischen ZGB (sogenanntes *burgerlijk wetboek*) über eines der neuesten Zivilgesetzbücher Europas verfügen. Hier auf die niederländische Situation einzugehen ist deshalb von Interesse, weil die Entwicklung hinsichtlich der Sicherungsübereignung völlig anders als in Deutschland verlaufen ist. Dort bricht das neue niederländische ZGB mit der bis dahin auch in den Niederlanden zulässigen und in der Praxis ausgiebig genutzten Sicherungsübereignung und erklärt diese ausdrücklich für unzulässig (Art. 3:84 Abs. 3 niederländisches ZGB).[17] Dieses Verbot entwickelte sich zu einer der wichtigsten und meistdiskutiertesten inhaltlichen Änderungen des neuen niederländischen ZGB überhaupt. Um die so entstandene Sicherungslücke bei der Kreditvergabe zu füllen, führte der niederländische Gesetzgeber mit dem sogenannten *besitzlosen Pfandrecht* (*stil pandrecht* nach Art. 3:237 niederländisches ZGB)[18] ein rechtliches Novum ein. Diese skizzierte niederländische Entwicklung

---

[15] *Stürner*, in diesem Band, 63.

[16] *Stürner*, in diesem Band, 74–75.

[17] Art. 3:84 Abs. 3 niederländisches ZGB: Requirements for a transfer

A juridical act performed with the intention to transfer property merely to provide security for a debt or performed without the intention of bringing the property into the patrimony (capital) of the acquirer, is no valid legal basis for a transfer of that property.

[18] Art. 3:237 niederländisches ZGB: Establishment of a ‘non-possessory pledge’

1. A pledge on a movable thing, on a debt-claim to bearer or on the usufruct of such a thing or debt-claim may be established also by means of a notarial deed or of registered private deed, in both cases without the need to bring the thing or negotiable document under control of the pledgee or of a third party (‘non-possessory pledge’).

2. The pledgor must declare in the notarial deed or in the registered private deed that he has the power of disposition over the to be pledged asset and that he is free to burden it with a pledge, and also that this asset is not encumbered with another limited property right or, if it is, which limited property rights already are vested on it.

3. When the pledgor or debtor does not properly perform his obligations towards the pledgee or when one of them gives the pledgee good reasons to fear that one of these obligations will not be performed in time or correctly, then the pledgee, who has acquired a non-possessory pledge, may demand that the thing or negotiable document is brought under his control or under control of a third party. If the pledged asset is burdened with two or more non-possessory pledges, then each pledgee, towards whom the pledgor or debtor fails to perform in time or correctly, is entitled to exercise this right, on the understanding that every other pledgee than

zeigt exemplarisch, wie unterschiedlich auch die kontinentaleuropäischen Länder des Civil Law teilweise ein juristisches Problem bewältigen. Das Beispiel unterstreicht daher nochmals eindrucksvoll die Richtigkeit der eingangs erwähnten Aussage des Kollegen Stürner, dass vor einer Übersimplifizierung der kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen zu warnen ist. Eine differenzierte Sichtweise ist notwendig, will man die kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen in ihrer Gänze verstehen und vorschnelle Schlussfolgerungen vermeiden.

---

the one who is ranked first may only demand that the thing or negotiable document is handed over to the pledgee or a third party who is appointed for this purpose either by an agreement between all involved pledgees or by a decision of the court.

4. When the pledgor or debtor does not properly perform his obligations towards a pledgee who has acquired a non-possessory pledge that is established in advance on fruits or crops that in future will be separated from the field, then the Subdistrict Court may authorize the pledgee to harvest these fruits or crops himself on the field. When the pledgor is the owner of the field or when he is entitled to its fruits or crops by virtue of a limited property right on that field, then the judicial decision of the court in which the request of the pledgee has been awarded may be registered in the public registers for registered property.

5. No appeal to a higher court and no other legal provisions are open against a judicial decision which is passed by virtue of the previous paragraph.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Rolf Stürner

Ye Jinqiang[*]

Ich freue mich sehr, alle alten und neuen Freunde auf dieser Konferenz zu treffen, auch wenn es sich nur um ein Online- und Cloud-Treffen handelt. Ich habe vorher den Beitrag von Professor Stürner gelesen und mir gerade den Vortrag des Professors angehört. Ich bin Professor Stürner für seine Einblicke in die Systematik und Konzepte des chinesischen ZGB sehr dankbar. Heute, nicht lange nach Inkrafttreten des ZGB, ist es von großer Bedeutung, dass führende Rechtswissenschaftler wie Professor Koziol, Professor Stürner, Professor *Su Yeong-Chin* und Professor *Keizo Yamamoto* den Puls des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches erfassen können.

Das Thema des Vortrags von Professor Stürner konzentrierte sich auf die Struktur des ZGB, insbesondere die Dichotomie des Schuld- und Sachenrechts. Lassen Sie mich anhand meines Studiums von Professor Stürners Vortrags kurz einige meiner Vorüberlegungen ansprechen.

I. Die Systemfrage des Zivilgesetzbuches

Die Transplantation des kontinentaleuropäischen Rechts in das chinesische Zivilrecht begann mit der Reformbewegung der späten Qing-Dynastie. Heutzutage ist davon auszugehen, dass sich das ZGB der Tradition des kontinentaleuropäischen Rechts angeschlossen hat und sich das deutsche System – das Pandektensystem – zu eigen gemacht hat, obwohl auch gemischte Rechtsanleihen zu finden sind, einschließlich solcher aus dem Common Law Rechtskreis. Die Kodifikation des ZGB wurde nach dem starken Anstoß politischer Kräfte schnell abgeschlossen und hat im Aufbau ein siebenteiliges System gebildet, welches sich von dem fünfteiligen Aufbau des BGB unterscheidet. Die zwei zusätzlichen Bücher wurden hinzugefügt, weil das chinesische ZGB, anders als das deutsche BGB, das Schuldrechtsbuch in das Buch des Vertrags- und Deliktshaftungsrecht getrennt und gleichzeitig ein neues Buch über das Persönlichkeitsrecht geschaffen hat.

[*] Aus dem Chinesischen übersetzt von Yuanshi Bu.

Bei der Kodifizierung des ZGB gingen die Meinungen weit auseinander, ob ein eigenständiges Persönlichkeitsrechtsbuch geschaffen werden sollte. Selbst heute besteht dazu noch Meinungsverschiedenheit. Im Persönlichkeitsrechtsbuch gibt es viele deklaratorische Bestimmungen und Deliktsrechtsregeln; ein Fehler der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“[1] wurde aufrechterhalten, nämlich die sogenannten „Rechte auf Ehre“ (§ 1031 ZGB) wurden weiterhin vorgeschrieben. Neben der symbolischen Bedeutung dieses Buches legt § 990 Absatz 2 außerhalb der einzelnen Persönlichkeitsrechte den Status der allgemeinen Persönlichkeitsinteressen natürlicher Personen als Rechtsgut fest, was als Fortschritt anzusehen ist. Tatsächlich hat der AT ZGB jedoch bereits den ersten Schritt getan und eine Generalklausel zum Schutz der Persönlichkeitsinteressen natürlicher Personen geschaffen. § 109 ZGB besagt: „Die körperliche Freiheit und die persönliche Würde natürlicher Personen sind gesetzlich geschützt.“ So gesehen sollte dieser Fortschritt unabhängig von der Schaffung eines eigenständigen Buchs zum Persönlichkeitsrecht sein. Natürlich ist es durchaus möglich, dass der Sinn und Wert des Persönlichkeitsrechtsbuchs in Zukunft genauer erschlossen werden kann.

Eine Trennung der Vertragsregeln vom Schuldrecht und deren Verselbständigung ist gangbar, da Regeln zum Rechtsgeschäft im AT ZGB vorliegen und das Fehlen eines Schuldrechtsbuches dazu führt, dass sich der Inhalt des AT Schuldrechts nirgendwo anknüpfen kann und das Vertragsrechtsbuch aus systematischer Sicht zerrissen ist. Einerseits sind die Regeln der Vertragsauslegung und der Vertragswirkung auf den AT ZGB zurückgeführt worden, andererseits sind die Inhalte des allgemeinen Schuldrechts im Vertragsrechtsbuch verstreut, was ein inhaltliches Durcheinander im Allgemeinen Teil des Vertragsrechtsbuchs zur Folge hat. Da kein Schuldrechtsbuch eingerichtet wurde, wurden die GoA und die Regeln des Bereicherungsrechts unter der Überschrift „Quasiverträge“ in das Vertragsrechtsbuch aufgenommen. Die Aufgabe der Rechtsdogmatik besteht darin, in Zukunft neben der Systematisierung von Vertragsregeln auch ein materielles allgemeines Schuldrecht zu konstruieren (dieser Punkt ist umstritten) und in Verbindung mit §§ 121, 122 ZGB das Rechtsinstitut der GoA und des Bereicherungsrechts auszubauen.

Nebenbei möchte ich auf die Probleme des AT ZGB eingehen, welcher dieses Mal als erstes Buch fertiggestellt wurde. Irrtümlicherweise wurden die AGZ als Vorlage der Gesamtkodifikation verwendet, sodass es zu einer übermäßigen Verschwendung des Gesetzgebungsraums kam und die Systematik des ZGB untergraben wurde. Die AGZ sind ein abgespecktes Zivilgesetzbuch, während der AT ZGB ein Teil des ZGB ist. Beide sind miteinander nicht vergleichbar. Heute ist der *numerus clausus* dinglicher Rechte im AT ZGB geregelt (§ 116 ZGB); die Vorschriften über die GoA und die ungerechtfertigte Bereicherung sind im AT ZGB (§§ 121 und 122) und Vertragsrechtsbuch (§§ 979–988) verstreut. Außerdem ist die zivile Haftung im Kapitel 8 des

---

[1] Am 1.1.1987 in Kraft getreten, mit dem Inkrafttreten des CZGB aufgehoben, deutsche Übersetzung von *Frank Münzel*, Chinas Recht 12.4.86/1.

AT ZGB mit dem Deliktshaftungsbuch verwoben, Haftungseinreden sind auch in den verschiedenen Büchern verstreut, so ist z. B. die Notwehr und der Notstand im AT ZGB (§§ 181–184) geregelt und das Handeln auf eigene Gefahr und Selbsthilfe (§§ 1176, 1177) findet sich im Buch zur Deliktshaftung. Diese Probleme hätten aus gesetzgebungstechnischer Sicht vermieden werden können.

Die Entstehung des siebenteiligen Systems des ZGB konnte nicht vom Umbau des Schuldrechtsbuches des Pandektensystems getrennt werden. Im chinesischen Recht vertrat der Gesetzgeber einerseits die Auffassung, dass die unerlaubte Handlung als Haftung und nicht als Schuld eingeordnet werden sollte, ein Konzept, das sich seit der Zeit der AGZ entwickelt hatte; andererseits wurde das Konzept der Obligation nicht aufgegeben, und § 118 ZGB definiert Forderungen als Rechte aus einem Vertrag, rechtsverletzender Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag und unberechtigter Bereicherung, während der AT des Vertragsrechtsbuchs zahlreiche Regeln des allgemeinen Schuldrechts enthält. Der Obligationsbegriff beruht auf der so genannten „Einheit der Rechtsfolgen" (Einheit der Obligation), und die Einheit der Rechtsfolgen sollte auch die Grundlage für die Kodifizierung des Schuldrechtsbuchs sein.

In Anbetracht der grundlegenden Unterschiede bei den Grundlagen für die Entstehung von Schuldverhältnissen aus Vertrag, rechtsverletzender Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung sollte die Bedeutung der Einheit der Rechtsfolgen jedoch begrenzt werden. Die herkömmlichen Regeln des Schuldrechtsbuchs sind auch in Bezug auf die Regeln der Entstehung von Schuldverhältnissen völlig getrennt. Es gibt keinen Versuch, sie zu vereinheitlichen, und dies wäre auch ohnehin ausgeschlossen. Lediglich in Bezug auf die Regeln der Durchsetzung von Forderungen wurde eine Konsolidierung und Vereinheitlichung versucht.

Selbst auf der Ebene der Durchsetzung von Forderungen besteht ein erheblicher Unterschied zwischen vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnissen: Bei den vertraglichen Schuldverhältnissen ist die die Ausstrahlungskraft der Privatautonomie und Einigung sehr stark, der Gegenstand der Schuldverhältnisse ist sehr variabel und der Prozess der Durchsetzung von Forderungen relativ komplex, während die außervertraglichen Schuldverhältnisse im Wesentlichen Geldschulden sind und die Durchsetzung von Forderungen relativ einfach ist. Die Ausgestaltung des AT Schuldrechtsbuch ist im Wesentlichen auf den Vertrag ausgerichtet und alle Bestimmungen sind für den Vertrag relevant, aber nur einige von ihnen sind für rechtsverletzende Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung relevant. So ist es keine schlechte gesetzgeberische Entscheidung, das Schuldrechtsbuch im Pandektensystem auseinanderzunehmen, wobei die vertraglichen Schuldverhältnisse in einem separaten Buch erfasst werden und die außervertragliche Schuld auf der Ebene der Durchsetzung von Forderungen auf die vertraglichen Schuldverhältnisse verweisen.

Es muss noch weitere Gründe für die gesonderte Kodifizierung des Deliktsrechts in einem Buch geben. Die Wirkung einer Deliktshandlung ist die Folge einer Verletzung einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung, die im Gegensatz zu einem Ver-

trag, einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder einer ungerechtfertigten Bereicherung das Bestehen einer vorherigen Verpflichtung voraussetzt. Darüber hinaus ist die Deliktshandlung in den Kontext der gesamten Rechtsordnung eingebettet, und eine ihrer Hauptfunktionen besteht darin, die Verwirklichung des bestehenden Systems von Rechten und Interessen zu gewährleisten. Die Praxis des Deliktsrechts lässt sich nicht von der Auslegung von Normen über Rechte trennen: Einerseits muss durch Gesetzesauslegung ermittelt werden, ob die verletzten Interessen in den Bereich des rechtlichen Schutzes fallen, abstrakte Normen über Rechte müssen von Fall zu Fall konkretisiert werden, während Art und Umfang der deliktischen Haftung auch in direktem Zusammenhang mit den Eigenschaften und der Stärke von Rechten und Interessen stehen; andererseits können bestehende Rechte auch in unterschiedlichem Maße Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des Handelnden liefern, dabei kann eine hinreichende Rechtfertigung die Rechtswidrigkeit verhindern, so dass die Handlung keine Rechtsverletzung darstellt, während eine Rechtfertigung, die nicht ausreicht, um die Rechtswidrigkeit zu verhindern, sich auch auf das Ausmaß der deliktischen Haftung auswirken kann. So gesehen kann die Praxis des Deliktsrechts auch als Praxis des Rechts der Rechte verstanden werden. Der Wert des Rechts als Grundlage von Rechten und Interessen kann in Deliktsfällen seine volle Wirkung entfalten. Die vertraglich begründeten Rechte und Interessen fallen auch in die Reichweite des Deliktsrechts. So ist die Einbeziehung eines solchen Systems, das sich auf alle Rechtsgüter erstreckt, in den Rahmen der Schuldverhältnisse, nur weil seine rechtliche Wirkung im Eintreten eines bestimmten Leistungsverhältnisses liegt, in der Tat recht schwach. In Anbetracht der Besonderheit der Regeln für die Entstehung der Deliktsschuld und der Einfachheit der Regeln für ihre Verwirklichung ist es jedoch durchaus sinnvoll, das Deliktsrecht zu verselbstständigen.

Auf diese Weise könnte die Weiterentwicklung des Schuldrechts im Pandektensystem durch das chinesische ZGB immer noch als ein nützlicher Versuch angesehen werden. Vertrag und Delikt sind jeweils in eigenen Büchern untergebracht, und die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung werden im Gesetzbuch unter der Bezeichnung „Quasiverträge“ oder unter einer anderen Bezeichnung behandelt, während für die außervertragliche Schuld die Regeln für die Durchsetzung der Vertragsschuld auf der Ebene der Forderungsdurchsetzung gelten, wie sie in § 468 ZGB geregelt sind. Dieses Modell hat trotz seiner groben Formulierung und der mangelnden Raffinesse und Reife der Gesetzgebungstechnik seine Vorzüge in Bezug auf seine Grundstruktur.

Die größte Bedrohung für den systemischen Charakter des Zivilgesetzbuches geht schließlich von den justiziellen Auslegungen des Obersten Gerichtshofs aus. Seit der Veröffentlichung des ZGB hat der Oberste Gerichtshof fast 100 gerichtliche Auslegungen überarbeitet, und zu den Auslegungen, die derzeit formuliert werden, gehören auch die Auslegung zum AT und die zum Vertragsrechtsbuch. Obwohl justizielle Auslegungen eine positive Bedeutung haben, hat der Oberste Gerichtshof dadurch in erheblichem Maße materielle gesetzgeberische Macht ausgeübt und damit die Auto-

rität der Verfassung beeinträchtigt. Die langjährige Praxis der justiziellen Auslegung hat dazu geführt, dass die Richter in eine Abhängigkeit von justiziellen Auslegungen geraten sind und ihre Fähigkeit, das Recht auszulegen, nicht weiterentwickelt haben, was einen Teufelskreis darstellt. Der Aktivismus der justiziellen Auslegung ist auch für die Entwicklung der Rechtsdogmatik wesentlich abträglich und hat den Impuls ausgelöst, „die Regeln zu ändern, wann und wo immer es ein Problem gibt". Die überwältigende Zahl der justiziellen Auslegungen wird den Status des ZGB in hohem Maße schwächen und gleichzeitig die Bemühungen um seine Systematisierung zunichtemachen. Daher sollte die Befugnis des Obersten Gerichtshofs zur Gesetzauslegung eingeschränkt und die Funktion des NVK zur Auslegung entfaltet werden. Die Auslegung, Änderung und Weiterentwicklung des ZGB sollen durch den NVK ausgeübt werden.

II. Trennung von Sachen- und Schuldrecht und ihre Grenze

Die Trennung von Sachen- und Schuldrecht ist die Grundlage des Vermögensrechts des Pandektensystems, somit hat ein fünfteiliges Zivilgesetzbuch ein separates Buch für Sachen- und Schuldrecht. Professor Stürner hat uns einen sehr aufschlussreichen Einblick in die materielle Trennung von Sachen- und Schuldrecht in anderen Traditionen des kontinentaleuropäischen Rechtssystems und in der Tradition des Common Law gegeben. Das chinesische Zivilgesetzbuch beruht ebenfalls auf der Trennung von Sachen- und Schuldrecht und teilt lediglich im Gesetzaufbau das Schuldrechtsbuch auf. Der Grundsatz der Unterscheidung spiegelt sich in den Bestimmungen von § 215 ZGB wider, in dem es heißt: „Ein Vertrag, den die Parteien über die Bestellung, Inhaltsänderung, Übertragung oder das Erlöschen eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache schließen, wird mit Zustandekommen des Vertrags wirksam, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist oder die Parteien nichts anderes vereinbart haben; ist [die Änderung] des dinglichen Rechts nicht eingetragen, so berührt das die Wirksamkeit des Vertrags nicht."[2] Auf diese Weise berührt die Eintragung nicht die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags, und die Wirkung der Verfügung und die der Verpflichtung werden voneinander getrennt. Für die volle Wirkung eines Verfügungsgeschäfts sind Publizitätsakt und Verfügungsbefugnis erforderlich, während dies bei einem Verpflichtungsgeschäft nicht der Fall ist. § 51 des Vertragsgesetzes, wonach ein ohne Verfügungsmacht abgeschlossener schuldrechtlicher Vertrag schwebend unwirksam ist, wird nicht ins ZGB aufgenommen, was eine Änderung der gesetzgeberischen Haltung widerspiegelt, wonach das Fehlen einer Verfügungsmacht die Wirksamkeit eines schuldrechtlichen Vertrags nicht mehr berührt.

Anders als das deutsche Zivilrecht folgt das chinesische Recht nicht dem Abstraktionsprinzip hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem schuldrechtlichen Vertrag

---

[2] Deutsche Übersetzung von *Ding/Leibküchler/Klages/Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.

und der dinglichen Änderung. Das Abstraktionsprinzip muss durch geeignete Rechtsvorschriften gestützt werden, die es im chinesischen Recht nicht gibt, so dass ein Modell von „Trennungs(prinzip) + Kausalitätsprinzip" von Natur aus entsteht. Auf diese Weise wird die Verkehrssicherheit einheitlich durch das Konzept des gutgläubigen Erwerbs gewährleistet. Der gutgläubige Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen wird auf die gleiche Weise konstruiert (§ 311 ZGB), wobei der Unterschied darin besteht, dass die Stärke des Rechtsscheins der dinglichen Rechte beim Abwägen des Grades der Vernünftigkeit des Vertrauens und des Grades der Zurechenbarkeit seine Rolle spielt. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass diese Wahl des chinesischen Rechts, die Unabhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts anzuerkennen, aber ihre Abstraktheit abzulehnen, und mit der Verwendung einer unkomplizierten Rechtsfigur, wie der des gutgläubigen Erwerbs, den Schutz gutgläubiger Dritter zu gewährleisten, als eine Anpassung der deutschen Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts angesehen werden kann, die ihre einzigartigen Vorzüge haben dürfte.

Die Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht kann als eine aufgrund zweier unterschiedlicher Wirkungszustände im realen Leben vorgenommene theoretische Beschreibung betrachtet werden, die untrennbar mit unserer Welt verbunden sind. Die Entfaltung des Alltagslebens erfordert die ausschließliche Herrschaft über ein bestimmtes Objekt und ein bestimmtes Leistungsverhältnis zwischen bestimmten Subjekten, was die reale Grundlage für die Bildung der Begriffe der Sachen- und Obligationenrechte darstellt. Die ausschließende Herrschaft bezieht sich auf unbestimmte Personen und erfordert daher Publizität und einen Typenzwang; die relativen Beziehungen zwischen bestimmten Personen, mit Ausnahme einiger weniger die auf der Grundlage bestimmter Werte gebildet werden, unterliegen dem Grundsatz der Freiheit und können auf der Grundlage der Einigung frei gebildet werden. Die Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht liegt in der Natur der Sache und kann vom Gesetzgeber nicht willkürlich abgeschafft werden. Unabhängig davon, in was für ein Konzept das Sachen- und Schuldrecht integriert werden sollen, muss es, wenn es eine unterschiedliche Behandlung vorsieht, getrennte Begriffe entwickeln, die dem Begriffspaar Sachen- und Schuldrechts ähneln. Eine geeignete Alternative zur Aufhebung der Dichotomie des Sachen- und Schuldrechts wurde – zumindest bisher – nicht gefunden.

Natürlich gibt es viele Probleme mit der Trennung von Sachen- und Schuldrecht, und es gibt eine Reihe von Bereichen, in denen die Grenze zwischen den beiden möglicherweise überschritten werden muss. Die chinesische Rechtspraxis liefert einige Beispiele. § 2 der „Antwort des Obersten Volksgerichts zur Frage des Vorrangrechts auf Erhalt des Preises für die Bauleistung" (Fa Shi [2002] Nr. 16) sieht vor, dass „nachdem der Verbraucher den gesamten oder den größten Teil des Geldes für den Kauf einer kommerzialisierten Wohnung bezahlt hat, das Vorrangrecht des Unternehmers auf den Werklohn dem Käufer nicht entgegengehalten werden kann." Hier kann das Vorrangrecht auf die Zahlung des Preises für die Bauleistung (§ 286

des Vertragsgesetzes, § 807 ZGB) als eine gesetzliche Hypothek eingeordnet werden, während der Verbraucher nur eine Forderung hat, welche jedoch gegenüber der Hypothek Vorrang hat. § 28 der Bestimmungen des Obersten Gerichtshofs über die Behandlung von Vollstreckungswiderspruch und -einspruch (verkündet im Dezember 2014 und geändert im Dezember 2020) sieht Folgendes vor: „Bei der Vollstreckung einer Geldforderung unterstützt das Volksgericht den Widerspruch eines Käufers gegen eine unter den Namen des Vollstreckungsschuldners eingetragene Immobilie, wenn die folgenden Umstände erfüllt sind und seine Rechte die Vollstreckung ausschließen können: (i) ein rechtmäßiger und wirksamer schriftlicher Kaufvertrag wurde vor der Beschlagnahme durch das Volksgericht unterzeichnet; (ii) die Immobilie wurde vor der Beschlagnahme durch das Volksgericht rechtmäßig in Besitz genommen; (iii) der volle Preis wurde bezahlt oder ein Teil des Preises wurde gemäß dem Vertrag bezahlt und der Restpreis wurde gemäß den Anforderungen des Volksgerichts zur Vollstreckung übergeben; und (iv) die Umschreibung wurde aus anderen Gründen als denen des Käufers nicht vorgenommen.“ In § 29 heißt es: „Bei der Vollstreckung einer Geldforderung unterstützt das Volksgericht den Widerspruch des Käufers gegen die Vollstreckung einer auf den Namen des Immobilienentwicklungsunternehmens eingetragenen kommerzialisierten Wohnung, wenn die folgenden Umstände erfüllt sind und die Rechte des Käufers die Vollstreckung ausschließen können: (i) ein wirksamer schriftlicher Kaufvertrag wurde vor der Beschlagnahme durch das Volksgericht unterzeichnet; (ii) die erworbene kommerzialisierte Wohnung ist für Wohnzwecke bestimmt und der Käufer hat unter seinem Namen keinen weiteren Raum zu Wohnzwecken; (iii) der bezahlte Preis übersteigt fünfzig Prozent des im Vertrag vereinbarten Gesamtpreises.“ Dementsprechend kann sich der Käufer einer nicht eingetragenen Immobilie unter bestimmten Voraussetzungen gegen die gerichtliche Vollstreckung wehren, auch wenn ihm keine dinglichen Rechte zustehen. In allen oben genannten Fällen haben sich die Gerichte nicht stur an die Trennung von Sachen- und Schuldrecht gehalten und haben bestimmten Forderungen aus Gründen des Verbraucherschutzes und aus Billigkeitserwägungen stärkere Wirkung beigemessen.

Ob, warum und wie der *numerus clausus* dinglicher Rechte festgelegt werden soll, ist in der Rechtswissenschaft schon immer umstritten. Das ZGB ist dem Grundsatz des *numerus clausus* gefolgt und sieht in § 116 vor, dass die Arten dinglicher Rechte und deren Inhalt von Gesetzen bestimmt werden. Der *numerus clausus* dinglicher Rechte kann die Transaktionskosten senken und die Verkehrssicherheit gewährleisten. Allerdings kann ein zu starres *numerus clausus*-Prinzip den Bedürfnissen des sozialen und wirtschaftlichen Lebens nicht gerecht werden. Aus diesem Grund wurden Forderungen laut, das *numerus clausus*-Prinzip dinglicher Rechte abzuschwächen. Das geänderte taiwanesische Zivilgesetzbuch erkennt die Möglichkeit der gewohnheitsmäßigen Begründung von Sachenrechten an (§ 757 des taiwanesischen Zivilgesetzes besagt, dass Sachenrechte nur durch Gesetze oder Gewohnheiten begründet werden können), und § 388 ZGB erkennt auch an, dass „andere Verträge mit

Sicherungsfunktion" ebenfalls dingliche Sicherungsrechte begründen können. Beides stellt eine Lockerung des Grundsatzes des *numerus clausus* dinglicher Rechte dar.

Der Widerstand gegen das *numerus clausus*-Prinzip dinglicher Rechte kommt vor allem im Bereich der Sicherungsrechte zum Tragen, da der Spielraum für Arten der dinglichen Nutzungsrechte aufgrund der Ausschließlichkeit der Nutzung des Objekts bereits sehr begrenzt ist. Wenn im wirklichen Leben eine starke Nachfrage bestünde, wäre es sinnvoller, durch Gesetzesänderungen neue Arten von Nutzungsrechten zu schaffen. Dieses Mal hat das Zivilgesetzbuch das Wohnrecht (§§ 366–371) und das Recht zur Bewirtschaftung von Land (§§ 339–341) geschaffen. Das Wohnrecht entspricht dem Bedürfnis nach einer stabilen Gewährleistung spezifischer Wohninteressen, während die Trennung der drei Rechte an landwirtschaftlichen Flächen das Potenzial hat, enorme institutionelle Kräfte freizusetzen. Die Einführung von beidem hat positive Auswirkungen. Es ist bedauerlich, dass das ZGB das *Dian*-Recht[3] nicht vorsieht. Das *Dian*-Recht, welches Nutzung und Sicherheit kombiniert, ist ein einzigartiges Rechtskonzept aus dem traditionellem China und verfügt über eine feine rechtliche Struktur und hätte in das Gesetzbuch aufgenommen werden können und von dem eine Verjüngung in Zukunft zu erwarten wäre.

Was dingliche Sicherungsrechte betrifft, werden atypischen Sicherheiten als eine Herausforderung des *numerus clausus*-Prinzips betrachtet. Obwohl es einen großen Spielraum für die Gestaltung von Sicherheitsrechten gibt, sind eigentlich nur zwei Arten der Sicherungsmittel verfügbar: direkte Wertkontrolle und indirekte Rechtskontrolle. Hypothek und Verpfändung gehören zum Typ der Wertkontrolle, während Eigentumsvorbehalt, Finanzierungsleasing, Factoring und Sicherungsübereignung zum Typ der Rechtskontrolle gehören. Die Ersteren sichern die Realisierung der Forderung durch die Kontrolle des Tauschwertes des Gegenstandes, während die Letzteren dies durch die Kontrolle der Rechte am Gegenstand selbst verwirklichen. Das ZGB regelt alle diese Sicherungstypen wie Hypotheken, Verpfändung, Eigentumsvorbehalte, Finanzierungsleasing und Factoring. Bei Hypotheken wird zwischen der Hypothek an unbeweglichen und der an beweglichen Sachen und bei Pfandrechten zwischen dem Pfandrecht an beweglichen Sachen und dem an Rechten unterschie-

---

[3] *Shi Wei*, Chinesische und deutsche Kreditsicherheiten: Eine vergleichende Untersuchung des chinesischen und deutschen Kreditsicherungsrechts, 1999, S. 69, 2.1.: „Wie bereits erwähnt hat der *Dian*-Vertrag häufig folgenden Inhalt: Der *Dian*-Geber übergibt dem *Dian*-Nehmer seine Immobilie (Dian-Sache) gegen Zahlung einer bestimmten Summe für einen bestimmten Zeitraum. Der *Dian*-Nehmer ist berechtigt, die Immobilie zu nutzen und die Früchte daraus zu ziehen. Nach dem vereinbarten Zeitraum darf der *Dian*-Geber die Immobilie wieder auslösen. Auf die Auslösungssumme dürfen keine Zinsen angerechnet werden, weil der Nießbrauch des *Dian*-Nehmers als Äquivalent für die Zinsen gilt. Unterlässt der *Dian*-Geber die Auslösung verfällt die Immobilie dem *Dian*-Nehmer." Anmerkung hinzugefügt von der Übersetzerin. Ausführlich zum *Dian*-Recht auch von *Ulrike Glück*, Ein traditionelles chinesisches Rechtsinstitut in Gegenwart und Vergangenheit, 1999.

den. Der Eigentumsvorbehalt und das Finanzierungsleasing stellen eine Sicherheit mit dem Eigentum dar, und das Factoring kommt eigentlich einer Sicherungszession gleich. Bei einer so umfassenden Typologie scheint es nur an einer allgemeinen Sicherheitsübereignung zu fehlen. In diesem Zusammenhang hat Professor Stürner auch die Bestimmungen von § 68 der Auslegung des Obersten Volksgerichts zum Sicherheitssystem des Zivilgesetzbuchs bemerkt. Der Oberste Gerichtshof hat seine Rechtsauffassung zur Sicherungsübereignung in diesem Artikel zum Ausdruck gebracht, der in Absatz 1 die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags zur Sicherungsübereignung bejaht und das Recht auf vorrangige Befriedigung im Falle der Vornahme des Publizitätsaktes der Rechtsänderung anerkennt; in Absatz 2 lehnt er die Wirksamkeit der Verfallsklausel in der Sicherungsübereignung ab; und in Absatz 3 bejaht er die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung in Gestalt des Rückkaufs und lehnt die Wirksamkeit der Verfallsklausel darin ab. Durch die Anerkennung der Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung wird die Starrheit des *numerus clausus* dinglicher Rechte effektiv gemildert. Im Großen und Ganzen funktioniert die Systematik der Typen der dinglichen Rechte noch gut, aber es gibt viele Probleme in den Details der konkreten Rechtskonzepte, die im Folgenden kurz aufgezählt werden sollen:

Erstens zielt das ZGB darauf ab, versteckte Sicherheiten zu beseitigen, und zum Eigentumsvorbehalt und Finanzierungsleasing wurden Bestimmungen hinzugefügt, dass sie ohne Eintragung keine Drittwirkung haben (§§ 641, 745 ZGB). Die Eintragung bewirkt zwar, dass die Sicherheiten sichtbar werden, aber es ist äußerst unklar, in welchem Verhältnis die durch die Eintragung geschaffene Kontrolle zu der Kontrolle steht, die durch die Struktur der ursprünglichen Transaktion, z. B. ein Finanzierungsleasing, entsteht. Wenn die durch die ursprüngliche Transaktionsstruktur geschaffene Wertkontrolle wegfällt, wozu braucht man dann noch diese Transaktionsstruktur? Wenn sie nicht wegfällt, wäre die Drittwirkung der Eintragung bedeutungslos. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde auch vorgeschlagen, die Sicherungsübereignung in das Gesetzbuch aufzunehmen und ihre Publizitätsmethode zu verankern, um sie sichtbar zu machen; glücklicherweise wurde dieser Vorschlag nicht aufgegriffen, da er sonst zu demselben Problem geführt und die Sicherungsübereignung im Wesentlichen abgeschafft hätte.

Zweitens ist das chinesische Recht in der Frage der Sicherheiten an beweglichen Sagen zu weit gegangen. Seit dem Sicherheitengesetz von 1995 werden besitzlose Hypotheken an beweglichen Sachen anerkannt. Das ZGB fördert weiter ein einheitliches Registrierungssystem für Sicherheiten an beweglichen Sachen und Rechten. Unter dem Einfluss des US Uniform Commercial Code wurde ein personenbezogenes Eintragungssystem eingeführt. Gemäß dem Beschluss des Staatsrats über die Umsetzung der einheitlichen Registrierung von Sicherheiten an beweglichen Sachen und Rechten (Guo Fa [2020] Nr. 18) fallen folgende Arten von Sicherheiten in den Anwendungsbereich der einheitlichen Registrierung von Sicherheiten an beweglichen Sachen und Rechten: Hypotheken an Produktionsanlagen, Rohstoffen, Halb-

fertigprodukten und Produkten, Verpfändung von Außenständen, Verpfändung von Guthabenscheinen, Lagerscheinen und Konnossementen, Finanzierungsleasing, Factoring, Eigentumsvorbehalt, aber Hypotheken an Kraftfahrzeugen, Schiffen, Flugzeugen, Verpfändung von Schuldverschreibungen, Fondsanteilen und Anteilsrechten sowie Vermögensrechte bei Rechten an geistigem Eigentum werden von dem Registrierungssystem ausgenommen. Das personenbezogene Registrierungssystem ist meinen Landsleuten sehr fremd, und die Harmonisierung mit der ursprünglichen objektbezogenen Registrierung könnte ein Problem darstellen. In den fast dreißig Jahren seit deren Einführung ist die gewöhnlichen Mobiliarhypothek auf dem Papier geblieben und kann in der Praxis kaum Fuß fassen; auch die Zahl der Floating Charges ist sehr begrenzt: Nach inoffiziellen Statistiken wurden zwischen 2007 und 2019 insgesamt 825 Floating Charges im Lande eingetragen. Die Einführung der gewöhnlichen Mobiliarhypothek verstößt gegen den Grundsatz der Singularität des Publizitätsaktes und macht es unmöglich, den grundlegenden Konflikt zwischen der auf der Eintragung beruhenden Mobiliarhypothek und dem auf dem Besitz beruhenden Mobiliareigentum und Faustpfand zu lösen. Daher sollte die Sicherheit an beweglichen Sachen wieder angemessen zurückkehren, um das Muster „gewöhnliches Faustpfandrecht an beweglichen Sachen + eingetragene Mobiliarhypothek + besondere Mobiliarsicherheiten wie die Floating Charge“ zu bilden.

Obwohl das chinesische ZGB insgesamt viele Mängel aufweist und die Gesetzgebungstechniken und -sprache nicht ausgereift genug sind, wurden einige nützliche Versuche unternommen. Die Reform des Schuldrechts war eine gangbare Option; die Befolgung des Kausalitätsgrundsatzes bei dinglichen Änderungen auf der Grundlage des Festhaltens an der Trennung von Sachen- und Schuldrecht und die maßvolle Abschwächung des *numerus clausus*-Grundsatzes verdienen ebenfalls grundsätzliche Anerkennung; der Oberste Gerichtshof hat eine pragmatische Haltung in Bezug auf die Abschwächung der Kluft zwischen Sachen und Obligationen eingenommen, und es ist zu erwarten, dass die künftige gerichtliche Praxis in geeigneten Bereichen angemessene Antworten geben wird.

Abschließend nochmals vielen Dank an Professor Stürner für seinen hervorragenden Vortrag!

Einordnung des Vertragsrechts im System des Zivilgesetzbuchs

Erfahrung der japanischen Schuldrechtsreform

Keizo Yamamoto[*]

---

[*] Der Verfasser dankt Herrn Prof. *Feng Jieyu* (Nanjing) für die Übersetzung des japanischen Manuskriptes. Dieser Beitrag in deutscher Fassung benutzt die deutschen Übersetzungen des japanischen Zivilgesetzbuchs vor und nach der Reform von *Andreas Kaiser*, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache (2008) und von *Keizo Yamamoto/Gabriele Koziol* (Hrsg.), Das reformierte japanische Schuldrecht (2021), sowie die deutsche Übersetzung des japanischen Gesetzes über Verbraucherverträge von *Marc Dernauer* ZJapanR 6–11 (2001), 247 ff.

I. Einordnung des Vertragsrechts im System des Zivilgesetzbuchs in rechtsvergleichender Sicht

Bei der Kodifikation muss das Vertragsrecht im Gesetzbuch geregelt werden. Die Frage liegt nur darin, an welcher Stelle des Zivilgesetzbuchs diese Regelungen des Vertrags vorzusehen sind. Zu dieser Frage gehen die Rechtsordnungen mit einem Zivilgesetzbuch sehr unterschiedlich vor.

1. Deutsches Recht

Zum Beispiel hat das deutsche Recht gemäß dem Pandektensystem[1] einen Allgemeinen Teil des BGB, worin die allgemeingültigen Vorschriften für das Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht vorgesehen werden (Buch 1). Durch die Benutzung des Begriffes „Rechtsgeschäft“, das eine auf Herbeiführung einer privatrechtlichen Rechtsfolge gerichtete Handlung ist, regelt Abschnitt 3 dieses Buches die allgemeinen Vorschriften des Rechtsgeschäfts einschließlich des Vertrages. Da es sich gleichsam im Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht um einen Abschluss des Vertrages handelt, sind im Abschnitt 3 Titel 3 die Regelungen über den Abschluss eines Vertrages vorgeschrieben (Titel 3 „Vertrag“).

Dem Gedanken des Pandektensystems gemäß enthält Buch 2 „Recht der Schuldverhältnisse“ die allgemeinen Vorschriften für Schuldverhältnisse, die auch das Schuldverhältnis aus einem Vertrag erfassen:

Abschnitt 1 Inhalt der Schuldverhältnisse
[…]
Abschnitt 4 Erlöschen der Schuldverhältnisse
Abschnitt 5 Übertragung einer Forderung
Abschnitt 6 Schuldübernahme
Abschnitt 7 Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Im Buch 2 sind auch die allgemeinen Vorschriften der vertraglichen Schuldverhältnisse geregelt (Abschnitt 3 „Schuldverhältnisse aus Verträgen“). Diese Abschnitte werden der „Allgemeine Teil des Schuldrechts“ genannt.

Nach dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts werden in Buch 2 Abschnitt 8 „Einzelne Schuldverhältnisse“ (z. B. Kauf, Tausch und weitere Vertragstypen) geregelt. Dieser Teil wird als „Besonderer Teil des Schuldrechts“ bezeichnet.

---

[1] Zur Übersicht über das Pandektensystem, vgl. *Hidetake Akamatsu*, Kindai Pandekuten Taikei no Shiteki Sobyô [Die historische Skizze des Pandektensystems in der Neuzeit], in: *ders.*, 19 Seiki Doitsu Shihôgaku no Jitsuzô [Das echte Bild der deutschen Privatrechtsdogmatik im 19. Jahrhundert] (1995, Erstabdruck 1991), 261; *ders.* Minpôten no Taikei [System des Zivilgesetzbuchs], Hôgaku Kyôshitsu 181(1995) 43, besonders 46 f. Zum Charakter des BGB als Gesetzbuch, vgl. *Tarô Suizu*, Doitsu Minpôten to Hôten-ron [BGB und Kodifikationslehre], in: *Jûrô Iwatani/Naoya Katayama/Kô Kitai* (Hrsg.), Hôten towa Nanika [Was ist das Gesetzbuch?] (2014), 79.

Zudem wurden bei der Schuldrechtreform im Jahr 2002 das AGBG und mehrere neben dem BGB stehende Sonderprivatgesetze über den Verbrauchervertrag ins BGB integriert.

2. Französisches Recht

Dagegen folgt der französische Code civil dem Institutionensystem:

Livre Ier Des personnes
Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété
Livre III Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Im Livre III Titre 3 „Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" wurde bisher das Schuldrecht, in dem das Vertragsrecht im Zentrum liegt, geregelt.

Im Jahr 2018 wurde der Code civil umfangreich reformiert und das alte Livre III Titre 3 in zwei Titre geteilt:

Titre 3 Des sources d'obligations
  Sous-titre Ier Le contrat
  Sous-titre II La responsabilité extracontractuelle
  Sous-titre III Autres sources d'obligations
  Titre 4 Du régime général des obligations.

Wie hier zu sehen ist, sieht der reformierte französische Code civil ebenso wie das deutsche BGB einen vom Vertragsrecht unabhängigen Allgemeinen Teil des Schuldrechts vor.

Darüber hinaus nehmen die Regelungen am Anfang von Livre III Titre 3 den neuen Begriff „acte juridique" auf. Allerdings wird dort außer der Definition des Rechtsgeschäfts nur vorgeschrieben, dass eine Obligation aus dem Rechtsgeschäft entstehen kann, und dass hinsichtlich der Gültigkeit und Wirkungen des Rechtsgeschäfts die Vorschriften über die Verträge, soweit passend, Anwendung finden (§ 1100-1 II). Auf diese Weise behält der Code civil den grundlegenden Gedanken, dass das Vertragsrecht im Zentrum des Schuldrechts liegt.[2]

Im Vergleich zum deutschen Recht wurden die Vorschriften über den Verbrauchervertrag nicht in den Code civil integriert. Sie sind neben den Verwaltungsnormen im Code de la consommation als ein selbstständiges Gesetzbuch geregelt.

3. Chinesisches Recht

Das im Jahr 2021 in Kraft getretene chinesische Zivilgesetzbuch folgt für die systematische Verortung des Vertragsrechts im Gesetzbuch einem anderen Gedanken als das deutsche und französische Recht.[3]

---

[2] Vgl. *François Ancel/Bénédicte Fauvarque-Coson* (übersetzt von *Satoshi Saitô/Tarô Nakahara*), Huransu Shin Keiyaku-hô [Das neue französische Vertragsrecht] (2021), 47 f. (Originalausgabe: *François Ancel/Bénédicte Fauvarque-Cosson*, Le nouveau droit des contrats. Guide bilingue à l'usage des praticiens, LGDJ, 2019).

[3] Über das Verständnis des chinesischen Zivilgesetzbuchs, siehe *Hu Guanghui*, Chûka

Zuerst hat das chinesische Zivilgesetzbuch einen auf das ganze Gesetzbuch Anwendung findenden Allgemeinen Teil (Buch 1 „Allgemeiner Teil"). Darin sind Zivilrechtsgeschäfte (Kapitel 6) und Vertretung (Kapitel 7) ausführlich geregelt. In diesem Sinne unterscheidet sich das chinesische Zivilgesetzbuch vom französischen Recht und steht grundsätzlich dem deutschen Recht nahe.[4]

Anders als das BGB hat das chinesische Zivilgesetzbuch kein Buch über das „Recht der Schuldverhältnisse", das dem Sachenrecht gegenübersteht. Im chinesischen Zivilgesetzbuch wird das dritte Buch mit „Vertrag" überschrieben. Deshalb werden die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auch als vertragliche Vorschriften im „1. Teilbuch: „Allgemeine Bestimmungen" des dritten Buches geregelt. Dies ähnelt dem Code civil vor dessen Reform. Nach der Reform gibt es aber auch im Code civil einen vom Vertragsrecht unabhängigen Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Deswegen weicht die Gliederung des chinesischen Zivilgesetzbuchs vom aktuellen Code civil ebenfalls ab. Der Grund liegt vermutlich in der Entstehungsgeschichte. In den 1980er-Jahren wurden in China das Wirtschaftsvertragsgesetz, das Außenwirtschaftsvertragsgesetz und das Technologievertragsgesetz kodifiziert. Im Jahr 1999 wurden diese drei Gesetze in einem Vertragsgesetz vereinheitlicht (das chinesische Vertragsgesetz), das bis zum chinesischen Zivilgesetzbuch in Kraft war. Es wäre wahrscheinlich schwierig, die bisherige Rechtslage grundlegend zu verändern.

Darüber hinaus enthält das Vertragsrechtsbuch des chinesischen Zivilgesetzbuchs im 2. Teilbuch „Einzelne Vertragstypen" gleich wie das Vertragsgesetz auch viele Vorschriften zu Handelsverträgen. Der Grund für die Integration des Handelsrechts und Zivilrechts im chinesischen Zivilgesetzbuch liegt wohl darin, dass das chinesische Vertragsrecht seit den Gesetzgebungen in den1980er-Jahren wesentlich die Verträge zwischen staatlichen Stellen regelt. Im Gegensatz dazu trat das Verbraucherschutzgesetz in China im Jahr 1994 in Kraft und wurde im Jahr 2014 umfassend reformiert.[5] Anders als im deutschen Recht wurde die Integrierung des Verbraucherschutzgesetzes in das Zivilgesetzbuch in China nicht durchgeführt. Sie scheint sogar nie ein Thema gewesen zu sein.

Jinmin Kyôwakoku Minpôten – 2021 Nen Sikô – Rippô Keii, Gaiyô, Hôyaku [Das chinesische Zivilgesetzbuch – Inkrafttreten 2021 – Entstehungsgeschichte, Übersicht, Übersetzung] (2021); *Sun Haiping* (Hrsg.), Atarashii Chûgoku Minpô [Das neue chinesische Zivilrecht] (2021) sowie auch *Takayuki Sumida*, Chûgoku Minpôten no Tôjô (1)-(7) [Der Auftritt des chinesischen Zivilgesetzbuchs (1)-(7)] (2020) Kokusai Shôji Hômu 48 (7) 885, (8) 1063, (9) 1207, (10) 1365, (11) 1523, (12) 1687, 49 (1) 33 (2020–2021); *Hiroyuki Shirade*, Chûgoku Minpôten no Seitei ni tsuite (1)-(4)] [Zur Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuchs (1)–(4)] ICD NEWS (85) 23, (86) 65, (87) 150, (88) 66 (2020–2021).

[4] Die Vertretung wird im deutschen BGB aber im Titel 5 „Vertretung und Vollmacht" des Abschnitts 3 „Rechtsgeschäft" geregelt.

[5] Vgl. *Eiichi Ichikawa*, Kaisei Chûka Jinmin Kyôwa-koku Shôhisha Kenri Rieki Hogo-hô [Das reformierte Verbraucherschutzgesetz in China], Yokohama Hôgaku 23-1 (2014), 193.

4. Japanisches Recht

a) Konstruktion des japanischen Zivilgesetzbuchs

Wie das BGB nimmt das im Jahr 1898 in Kraft getretene japanische Zivilgesetzbuch auch das Pandektensystem auf. Das japanische Zivilgesetzbuch regelt also die gemeinsamen Vorschriften für das Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht und Erbrecht im ersten Buch „Allgemeiner Teil". Entsprechend dem BGB wird auch der Begriff „Rechtsgeschäft" im japanischen Zivilgesetz benutzt. Im fünften Abschnitt „Rechtsgeschäfte" werden die diesbezüglichen Bestimmungen einschließlich der Vertretung ausführlich geregelt. Das ist gleich wie im chinesischen Zivilgesetzbuch.

Im dritten Buch „Forderungen" regelt der erste Abschnitt „Allgemeine Vorschriften" die allgemeinen Bestimmungen bezüglich der Forderungen ausführlich. Danach werden auch der zweite Abschnitt „Vertrag", der dritte Abschnitt „Geschäftsführung ohne Auftrag", der vierte Abschnitt „Ungerechtfertigte Bereicherung" und der fünfte Abschnitt „Unerlaubte Handlung" vorgesehen. Im zweiten Abschnitt „Vertrag" wird ein weiterer erster Titel „Allgemeine Vorschriften" vorangestellt, worin die Bestimmungen bezüglich des allgemeinen Vertragsrechts wie Zustandekommen und Wirkungen eines Vertrages und der Rücktritt von einem solchen vorgesehen werden. In Titel 2 ff. werden einzelne Vertragstypen wie z. B. Schenkung, Kauf usw. geregelt. In diesem Sinne wird der Allgemeine Teil des Schuldrechts anders als im deutschen Recht vom Allgemeinen Teil des Vertrags unterschieden. Auf diese Weise wird der Gedanke des Pandektensystems, ein „vor die Klammer Ziehen", durchgesetzt.

b) Die japanische Schuldrechtsreform 2020

Seit 2009 begann die Regierung in Japan zu überprüfen, ob und wie das Zivilgesetzbuch reformiert werden soll. Die vom Legislativausschuss des Justizministeriums eingesetzte Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht) beriet langwierig. Basierend auf dieser Beratung wurde das Reformgesetz 2017 verabschiedet und trat am 1. April 2020 in Kraft.[6]

Das anfängliche, von der Regierung aufgewiesene Prüfungsthema lautet, „Bezüglich der Bestimmungen zu den Schuldverhältnissen im Zivilgesetz, dem grundlegenden privatrechtlichen Gesetz, ist, um dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandel seit dem Erlass des Zivilgesetzes gerecht zu werden und ein für die allgemeine Bevölkerung verständliches Gesetz zu schaffen, eine Überarbeitung erforderlich mit dem Hauptaugenmerk auf den Bestimmungen zu Verträgen, die in engem Zusam-

---

[6] Zum konkreten Inhalt und Zweck der japanischen Schuldrechtreform, siehe *Takeo Tsutsui/Hideki Muramatsu* (Hrsg.), Ichimon Ittô Minpô (Saiken Kankei) Kaisei [Eine Frage und eine Antwort zur Reform des Zivilgesetzes (betreffend das Schuldrecht)] (2018). Für die deutsche Übersetzung der japanischen Schuldrechtsreform und die deutschsprachige Erklärung der wesentlichen Veränderungen siehe *Keizo Yamamoto/Gabriele Koziol* (Hrsg.), Das reformierte japanische Schuldrecht (2021).

menhang mit dem täglichen Leben sowie den wirtschaftlichen Aktivitäten der Bürger stehen. Es wird daher um Erstellung einer diesbezüglichen Vorlage ersucht."[7] Es wird davon ausgegangen, dass Gegenstand der Reform nicht nur die Bestimmungen im dritten Buch „Forderungen", sondern auch die Bestimmungen bezüglich des Rechtsgeschäfts und der Verjährung im ersten Buch „Allgemeiner Teil" sind, obwohl sich die Reform auf das vertragsrechtsorientierte Schuldrecht beschränkt.

Im Zuge der Reform wurden nicht nur einzelne Rechtsinstitute oder der Inhalt einzelner Bestimmungen, sondern auch der Aufbau des Zivilgesetzbuches geprüft. Dabei handelte es sich unter anderem um die folgenden drei Fragen:

1. Soll die Aufbaumethode, die Bestimmungen bezüglich des Rechtsgeschäfts in den Allgemeinen Teil zu stellen, noch beibehalten werden?[8] Die Frage liegt darin, ob es sachgemäß wäre, die die Besonderheiten des Vertrags berücksichtigenden vertraglichen Bestimmungen statt abstrakter Normen zum Rechtgeschäft zu formulieren.

2. Soll der Aufbau der Trennung zwischen dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts und des Vertragsrechts noch beibehalten werden? Dabei geht es um die Frage, ob es sachgemäß wäre, den Hauptentstehungsgrund der Schuldverhältnisse, nämlich den Vertrag, herauszunehmen und somit den Allgemeinen Teil des Schuldrechts abstrakt zu regeln; ob es sachgemäß wäre, den Allgemeinen Teil des Vertrags in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu integrieren.

3. Sollen die neben dem Zivilgesetzbuch stehenden Sondergesetze, insbesondere das Verbrauchervertragsgesetz, ins Zivilgesetzbuch integriert werden? Die Frage liegt darin, ob nach der sogenannten „De-Kodifikation", die wegen der mehr und mehr neben dem Zivilgesetzbuch stehenden Sondergesetze entsteht, die „Re-Kodifikation" wieder versucht werden sollte.[9] Das ist auch eine gemeinsame Frage für alle Rechtsordnungen mit einem Zivilgesetzbuch.

---

[7] Anfrage Nr. 88 der Justizministerin gegenüber der Kommission [Shimon Dai-88-gô] (https://www.moj.go.jp/content/000005084.pdf).

[8] Daneben wurde beim Allgemeinen Teil des Zivilgesetzes die Frage diskutiert, ob die Gliederung des Zivilgesetzbuchs so aufrechterhalten werden soll, dass die Verjährung und die Ersitzung zusammen im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzes vorgeschrieben werden soll. Jedoch wird diese Frage hier nicht diskutiert, weil sie über die Stellung des Vertragsrechts im System des Zivilrechtsgesetzbuchs hinaus geht. Darüber vgl. *Keizo Yamamoto*, Minpô no Kaisei to Minpôten no Taikei [Reform des Zivilrechts und System des Zivilgesetzbuchs], in: Tahara Mutsuo Sensei Koki • Saikô-saibansho Taikan Kinen Ronbun-shû [Festschrift für Tahara Mutsuo zum 70. Geburtstag und anlässlich Ihres Übertritts in den Ruhestand aus dem obersten Gerichtshof: Die Praxis und Lehre des modernen Privatrechts] (2013), 13 ff.

[9] Als rechtsvergleichende Studie zur Kodifikation, De-Kodifikation und Re-Kodifikation, vgl. die Aufsätze in *Jûrô Iwatani/Naoya Katayama/Kô Kitai* (Hrsg.), Hôten towa Nanika [Was ist das Gesetzbuch?] (2014), besonders *Masayuki Katô*, Datsu-hôtenka to Sai-hôtenka [De-Kodifikation und Re-Kodifikation], 47; *Kôji Mukawa*, Huransu no Sho-hôten [Die Gesetzbücher im Frankreich],115; *Naoko Kano*, Shôhisha-hô to Hôtenka [Verbraucherrecht und Kodifikation], 265.

Aus der rechtsvergleichenden Perspektive sind diese Fragen nach der Einordnung des Vertragsrechts im System des Zivilgesetzbuchs die gemeinsamen Fragen. Deswegen werden in diesem Beitrag die Diskussion über diese Fragen, die Ergebnisse und die Gründe dafür in Japan vorgestellt, um zur Prüfung der Frage nach der Einordnung des Vertragsrechts im System des Zivilgesetzbuchs beizutragen.

II. Stellungnahme zur Regelung des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuches

Die erste Frage liegt in der Stellungnahme zur Regelung des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuches.

1. Aufnahme der Regelung des Rechtsgeschäfts im japanischen Zivilgesetzbuch und nachher geübte Kritik dagegen

a) Aufnahme der Regelung des Rechtsgeschäfts im japanischen Zivilgesetzbuch

In Japan wurde das sogenannte „alte Zivilgesetzbuch“ von 1890[10] unter dem Einfluss des französischen Rechts erlassen, das aber auf starke Kritik stieß und damit nie durchgesetzt wurde. Danach wurde das alte Zivilgesetzbuch umfassend überarbeitet. Das aktuelle Zivilgesetzbuch (Meiji-Zivilgesetzbuch) wurde von 1896 bis 1898 kodifiziert und trat 1898 in Kraft. Bei dieser Überarbeitung wurde bezüglich des Aufbaus des Zivilgesetzbuches entschieden, ein Pandektensystem nach deutschem Vorbild aufzunehmen. Dementsprechend wurde der Allgemeine Teil an den Anfang des Zivilgesetzbuchs gestellt.

Nach dem Verfasser sollte die allgemeinen Bestimmungen bezüglich des Rechtssubjekts, des Gegenstandes, des Erwerbes, des Verlustes und der Ausübung eines Rechts im Allgemeinen Teil vorgeschrieben werden.[11] Im Einklang mit dieser Orientierung werden in diesem geltenden Allgemeinen Teil viele Bestimmungen bezüglich des Rechtsgeschäfts vorgesehen.[12] Obwohl die Bestimmungen bezüglich der „con-

---

[10] Das alte Zivilgesetzbuch nahm das Institutionensystem auf, dieses bestand aus dem Buch der „Person“, dem Buch des „Vermögens“, dem Buch des „Erwerb des Vermögens“, dem Buch zur „Sicherheit der Forderung“ und dem Buch zum „Beweis“.

[11] Gemäß der von den Verfassern am Anfang der Beratung zur Kodifikation des geltenden Zivilgesetzbuchs bestätigten „Richtlinien für die Beratung des Gesetzbuchs“ hat das alte Zivilgesetzbuch „keine Erscheinungsform eines Gesetzbuchs“, da die für das gesamte Zivilgesetzbuch geltenden allgemeinen Bestimmungen in jedem Kapitel „verstreut“ sind. In der Modifikation solle insbesondere ein allgemeiner Teil eingerichtet werden, in dem die allgemeinen Vorschriften für das gesamte Zivilgesetzbuch aufgeführt seien. Vgl. *Masao Fukushima* (Hrsg.), Meiji Minpô no Seitei to Hozumi Bunsho [Entstehung des Meiji-Zivilgesetzbuchs und Hozumis Archiv] (1956), 111 ff.

[12] Das Kapitel 1 Abschnitt 5 „Rechtsgeschäft“ wurde wie folgt gestaltet:

Titel 1 „Allgemeiner Teil“ (Art. 90–92)

vention“ im alten Zivilgesetzbuch geregelt wurden, beschränken sich die privatrechtlichen Geschäfte nicht nur auf die convention. Es gibt noch das nicht empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäft und das empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäft. Deshalb wäre es ein großer Nachteil, wenn es keine allgemeinen Regelungen dafür gäbe. Daher wurde ein Allgemeiner Teil im geltenden Zivilgesetzbuch eingeführt, um „allgemeine Bestimmungen bezüglich des Erwerbs, des Verlustes und der Ausübung privater Rechte“ zu schaffen. „Die auf das Rechtsgeschäft im Allgemeinen Anwendung findenden Bestimmungen“ festzulegen, sei „eine Selbstverständlichkeit“.[13]

b) Nachher geübte Kritik

Auf diese Weise wurde der Begriff des Rechtsgeschäftes erst mit dem Meiji-Zivilgesetzbuch eingeführt. Nach der Kodifikation wurde versucht, die Bedeutung des Rechtsgeschäfts besonders mit Hilfe der deutschen Literatur zu erläutern.[14] Als Ergebnis wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Japan auch das grundlegende Verständnis des Begriffs des Rechtsgeschäfts geformt und etabliert.

Dagegen wurde von den 1960er- bis zu den 1970er-Jahren der im japanischen Zivilgesetzbuch aufgenommene Begriff des Rechtsgeschäfts hinterfragt. Die Auffassung, insbesondere die deutsche Rechtgeschäftslehre und das japanische Verständnis voneinander zu trennen, vertraten bedeutsame Wissenschaftler.[15] Zunächst wurde die Abstraktion des Rechtsgeschäfts als Problem angesehen. Zum Rechtsgeschäft gehören nicht nur der Vertrag, sondern auch das einseitige Rechtsgeschäft und das Gesamtgeschäft. Die praktischen Fragen müssen aber nach jeder Art des Rechtsgeschäfts verschieden behandelt werden. Es sei also nur von geringer Bedeutung, sogar gefährlich, durch einen solchen abstrakten Begriff alle zu vereinheitlichen. Darüber hinaus sei der Begriff des Rechtsgeschäfts nie ein allgemeingültiger Begriff, sondern eine Besonderheit des deutschen Zivilrechts, die nur unter den bestimmten sozialen Voraussetzungen in Deutschland begründet wurde: Die naturrechtliche Theorie, die auf ein über positives Recht hinausgehendes System abzielte, wurde von der Macht

Titel 2 „Willenserklärung“ (Art. 93–98)
Titel 3 „Vertretung“ (Art. 99–118)
Titel 4 „Nichtigkeit und Anfechtung“ (Art. 119–126)
Titel 5 „Bedingung und Frist“ (Art. 127–137).

[13] Minpô Shûseian (Zen-3-hen) no Riyûsho [Motive zur Modifikation des Zivilgesetzbuchs (Erste 3 Bücher)], in: *Toshio Hironaka* (Hrsg.), Minpô Shûseian (Zen-3-hen) no Riyûsho [Motive zur Modifikation des Zivilgesetzbuchs (Erste 3 Bücher)] (1987), 78.

[14] Besonders wichtig sind, *Hideo Hatoyama*, Hôritsu-kôi naishi Jikô [Vom Rechtsgeschäft bis zur Verjährung] (1912); *Santarô Okamatsu*, Hôritsu-kôi-ron [Die Lehre des Rechtsgeschäfts] (1914).

[15] Z.B. *Eiichi Hoshino*, Gendai niokeru Keiyaku [Vertrag in der Gegenwart], in: *ders.*, Minpô Ronshû Dai-3-kan [Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Bd.3] (1972, Erstabdruck 1966), 1; *Yoshio Hirai* in: *Takeyoshi Kawashima* (Hrsg.), Chûshaku Minpô (3) [Kommentar zum Zivilgesetzbuch Bd.3] (1973), 2.

der damaligen Länder hoheitlich anerkannt. Die Rechtsgestaltung wurde von den Juristen getragen, die die Kenntnisse des römischen Rechts hatten und an den Universitäten lehrten, so dass ein größerer Bedarf an einem „System" bestand, damit diese Kenntnisse an den Universitäten gelehrt werden konnten. Diese Voraussetzungen gab es in Japan nicht. Deshalb sei es notwendig, eine passende Rechtstechnik zu entwickeln und zu verbessern, um praktische Probleme, die in der japanischen Gesellschaft entstehen, besser zu lösen.

2. Überlegungen im Prozess der japanischen Schuldrechtsreform

Im Zuge der japanischen Schuldrechtsreform wurde die Frage diskutiert, ob der Begriff des Rechtsgeschäfts aufrechtzuerhalten ist. Am Anfang gab es auch die Auffassung, ein vom Zivilgesetzbuch getrenntes selbstständiges Vertragsgesetz zu kodifizieren, in dem nur die Fragen des Vertragsrechts geregelt würden.[16] Später wurde aber unter der Prämisse der Aufrechterhaltung, nicht der Abschaffung des Begriffs des Rechtsgeschäfts, über seine systematische Verortung und den Inhalt der Reglungen beraten.

a) Integrierung der Regelung des Rechtsgeschäfts ins Buch des Schuldrechts

Im Zuge der Beratung gab es auch die Auffassung, die Bestimmungen bezüglich des Rechtgeschäfts, die möglichst als die Bestimmungen für den Vertrag umformuliert werden, seien im Buch des Schuldrechts zu regeln und entsprechend auf andere Rechtgeschäfte anwenden zu lassen.[17] Der Grund liegt darin, dass die wesentliche Konstellation, auf die die Bestimmungen des Rechtgeschäfts angewendet werden, der Vertrag sei. Deshalb sollen die Normen bezüglich des Vertrages als Einheit vorgesehen werden. Wenn man wie im bisherigen Zivilgesetzbuch die Regelungen bezüglich des Vertrages in den Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs und in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts aufteilt, wäre es für die Bürger nicht leicht zu verstehen. Darüber hinaus gibt es auch die Auffassung aus der Perspektive der juristischen Ausbildung, diese Bestimmungen zusammen im Buch des Schuldrechts zu regeln.[18]

---

[16] Vgl. *Takashi Uchida* u.a., Saiken-hô no Kaisei ni mukete – Minpô Kaisei-I'inkai no Giron no Genjô (Jô)] [Für die Schuldrechtsreform – Der aktuelle Stand der Diskussion in der Kommission für die Reform des Zivilgesetzes (betreffend das Schuldrecht) (Erster Teil)] Jurisuto 1307 (2006), 105 (*Takashi Uchida*) und 114 (*Atsushi Ômura*).

[17] Vgl. das Gutachten von dem Kommissionsmitglied *Atsushi Ômura* in der 20. Sitzung der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht) (wird im Folgenden als „die 20. Sitzung" zitiert), Minpô Kaisei ni kakawaru Sôronteki Sho-mondai ni kansuru Iken – Minpôten no Hensei Mondai o Chûshin ni] [Das Gutachten zu den allgemeinen Fragen bei der Zivilrechtsreform – Die Gliederung des Zivilgesetzbuchs als Mittelpunkt] (http://www.moj.go.jp/content/000059831.pdf; wird im Folgenden als „Ômuras Gutachten" zitiert); *Takashi Uchida*, Minpô Kaisei [Reform des Zivilgesetzes](2011), 227 ff.

[18] Vgl. Ômuras Gutachten (Fn. 17), 4; Uchida (Fn. 17), 230 f. Ähnliche Meinung vertritt das Kommissionsmitglied *Masami Okino* in Housei Shingikai Minpô (Saiken Kankei) Bukai Dai-

b) Aufrechterhaltung der Regelung des Rechtsgeschäfts im Buch des Allgemeinen Teils

Aber gleich wie im bisherigen Zivilgesetzbuch verbleiben die Bestimmungen über das Rechtsgeschäft unverändert im Abschnitt 5 des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzbuches, wenngleich der Inhalt der einzelnen Vorschriften geändert wurde.

Zunächst wurde hinsichtlich des Aufbaus darauf hingewiesen, dass die Kontinuität bei der Kodifikation des Zivilgesetzbuchs berücksichtigt werden muss, d.h. das bisherige Zivilgesetzbuch seit langem weitgehend fixiert und geltend ist.[19] Diese Meinung fordert, Buch 1. „Allgemeiner Teil" aufrechtzuerhalten und die Verortung der Bestimmungen über das Rechtsgeschäft ohne besonderen Grund nicht zu verändern.

Ferner begrüßten auch die Praktiker die große Systemveränderung des Zivilgesetzbuchs nicht. Ihrer Meinung nach ist der Inhalt einzelner Regelungen in der Praxis wichtig. Es sei sinnlos, allein den Aufbau des Gesetzbuches zu verändern, wenn der Inhalt nicht verändert werde. Eine große Veränderung des Aufbaus des Zivilgesetzbuchs führe zu unnötigen Kosten wie z.B. Anpassungen der Vertragsformulare.[20]

Da es keinen Konsens über den Aufbau des Zivilgesetzbuches, besonders über die Verortung der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte gibt, verbleiben diese Bestimmungen schließlich im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuches.[21]

3. Gründe für die Aufrechterhaltung der Regelung des Rechtsgeschäfts

Die Gründe für die Aufrechterhaltung der Regelung des Rechtsgeschäfts bei der Schuldrechtsreform in Japan lassen sich mit folgenden Punkten wiedergeben:

a) Technische Nutzbarkeit des Begriffs Rechtsgeschäft

Zuerst ist zu nennen, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts technisch nützlich ist.[22]

20-kai Kaigi Gijiroku [Protokoll der 20. Sitzung der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht)] (https://www.moj.go.jp/content/000064611.pdf; wird im Folgenden als „Protokoll der 20. Sitzung" zitiert), 56ff.

[19] Vgl. das Gutachten von dem Kommissionsmitglied *Akio Yamanome* in der 20. Sitzung (Fn. 17), Saiken Kankei no Kitei no Minaoshi to Minpô no Hensei [Revision der Bestimmungen des Schuldverhältnisses und Gliederung des Zivilgesetzbuches] (http://www.moj.go.jp/content/000059832.pdf; wird im Folgenden als „Yamanomes Gutachten" zitiert), 1 sowie das Gutachten von dem Kommissionsmitglied *Keizo Yamamoto*, Minpôten no Hensei to Kitei no Haichi [Gliederung des Zivilgesetzbuchs und die Einstellung der Bestimmungen] (http://www.moj.go.jp/content/000059833.pdf; wird im Folgenden als „Yamamotos Gutachten" zitiert), 1.

[20] Vgl. Protokoll der 20. Sitzung (Fn. 17), 52ff. (Kommissionsmitglieder *Masaaki Oka*, *Minoru Sanari* und *Yasuyuki Nakai*).

[21] Protokoll der 97. Sitzung der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht) (https://www.moj.go.jp/content/001143144.pdf; wird im Folgenden als „Protokoll der 97. Sitzung" zitiert), 5 (Kommissionsmitglied *Takeo Tsutsui*).

[22] Vgl. *Minpô (Saiken-hô) Kaisei Kentô I'inkai* [Reformkommission für Zivilrecht (Schuld-

Der Begriff des Rechtsgeschäfts wurde kreiert, um neben dem Vertrag und dem einseitigen Rechtsgeschäft im Schuldrecht auch verschiedene Handlungen, um die es sich in anderen Bereichen handelt, zu erfassen und deren gemeinsame Fragen grundsätzlich zu regeln. Als eine Gesetzgebungstechnik ist der Begriff des Rechtsgeschäfts nützlich, um diese verschiedenen Handlungen lückenlos zu regeln. Daraus ergibt sich, dass nicht nur die vom deutschen BGB beeinflussten Rechtsordnungen,[23] sondern auch andere Rechtsordnungen, die ursprünglich kein Pandektensystem übernahmen, wie der oben genannte französische Code civil, den Begriff des Rechtsgeschäfts aufnehmen.[24]

Dies bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass der Allgemeine Teil ausführliche Bestimmungen über Rechtsgeschäfte enthalten soll. Wie der reformierte Code civil zeigt, ist es auch möglich, ausführliche Bestimmungen über Verträge zu regeln, die auf außervertragliche Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden, auch wenn der Begriff des Rechtsgeschäfts übernommen wird. In der Tat gibt es viele solche Fälle.[25]

---

recht)] (Hrsg.), Saiken-hô Kaisei no Kihon Hôshin [Grundsätze der Schuldrechtsreform] (2009); wird im Folgenden als „Grundsätze" zitiert), 19; *ders.* (Hrsg.), Shôkai – Saiken-hô Kaisei no Kihon Hôshin I [Ausführliche Erläuterungen zu den Grundsätzen der Schuldrechtsreform I] (2009, wird im Folgenden als „Ausführliche Erläuterungen" zitiert), 46 f. sowie auch *Hiroyasu Ishikawa*, Hôritsu-kôi Gainen no Rekishi-sei to Huhen-sei [Die Geschichtlichkeit und Universalität des Begriffs des Rechtsgeschäfts], Minken 652 (2011), 13 f.

[23] Z. B. Thailändisches Zivilgesetzbuch (1925), Zivilgesetzbuch Taiwan (1929–1932), Griechisches Zivilgesetzbuch (1940), Koreanisches Zivilgesetzbuch (1958), Portugiesisches Zivilgesetzbuch (1966) usw. Zur rechtvergleichenden Übersicht des Rechtsgeschäfts siehe *Jan Peter Schmidt*, Rechtsgeschäft, in: *Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt* und *Reinard Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Bd. II 2009 (https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Rechtsgesch%C3%A4ft).

[24] Z. B. hat das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch bei der Kodifikation im Jahr 1811 den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht aufgenommen. Bei der Reform 1916 wurde die Überschrift zu den §§ 859 ff. zu „Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt" geändert. Das niederländische Zivilgesetzbuch (1992) nimmt den Begriff des Rechtsgeschäfts auf, wenngleich die Regelungen dafür nur für das Vermögensrecht gelten (sie finden aber gem. Art. 3: 59 außerhalb des Vermögensrechts entsprechende Anwendung). Dazu siehe *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 23).

[25] Z. B. wird im schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (1911) zwar der Wortlaut „Rechtsgeschäft" aufgenommen, es gibt aber keine gemeinsame Regelung der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte. Dabei finden die allgemeinen Bestimmungen über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auf „andere zivilrechtliche Verhältnisse" entsprechende Anwendung (Art. 7 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs). Während sich die PECL (2000) sich auf das Vertragsrecht beschränkt, nimmt der darauf basierende DCFR (2009) den Begriff des Rechtsgeschäfts auf (Buch 2 „Contracts and other juridical acts"). Darin sind aber die konkreten Vorschriften grundsätzlich als die Bestimmungen über den Vertrag geregelt. Neben dem „Formation" (Chapter 4) und „Interpretation" (Chapter 8), in denen gefolgt von den Bestimmungen über den Vertrag die Bestimmungen über die anderen Rechtsgeschäfte („Other juridical acts") als eigenständige Titel vorgeschrieben werden, wird es im Abschnitt

b) Problematik der entsprechenden Anwendung der zum Vertrag bestimmten Regeln

Allerdings führten Verweisungsnormen dann zu folgenden Problemen:

Zuerst sollten bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Bestimmungen die Besonderheiten des Vertrags berücksichtigt werden. Die Bestimmungen, die die Besonderheiten des Vertrags berücksichtigen, können jedoch nicht geeignet sein, direkt auf andere Rechtsgeschäfte übertragen zu werden. Selbst wenn man in einem solchen Fall sagt, dass die Bestimmungen über den Vertrag auf andere Rechtsakte entsprechend anzuwenden sind, ist es schwierig zu wissen, wie sie entsprechend anzuwenden sind. Dies bedeutet, dass der Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen nicht eindeutig festgelegt ist.[26]

Hinzu kommt: Würden die für alle anderen Rechtsgeschäfte neben Verträgen geltenden Grundsätze, wie z. B. der in § 90 des japanischen Zivilgesetzbuches festgehaltene Grundsatz: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten verstößt, ist nichtig" als Vertragsrechtsnorm umformuliert, so würden sie zu Grundsätzen, die direkt für den Vertrag gelten. Dies könnte die Bedeutung des Grundsatzes, dass er ursprünglich für alle Rechtsgeschäfte gilt, abschwächen, selbst wenn diese Bestimmung sinngemäß auf andere Rechtsgeschäfte angewendet wird. Es gibt keinen Grund, eine solche Bestimmung auf diese Weise vorzusehen.

c) Prinzipielle Bedeutung des Begriffs Rechtsgeschäft

Der Grund und Sinn der Beibehaltung der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte ist im Übrigen in der prinzipiellen Bedeutung des Begriffs Rechtsgeschäft zu sehen.

Das im japanischen Zivilgesetzbuch aufgenommene Pandektensystem ist das System, dessen Mittelpunkt subjektive Rechte sind.[27] Der Allgemeine Teil besteht aus

---

des „Grounds of invalidity" (Chapter 7) so geregelt, „It applies in relation to contracts and, with any nessesary adaptations, other juridical acts." (II-7: 101(3))

[26] Z. B. § 1132 Abs. 1 des reformierten französischen Code civil: „Ein Rechts- oder Tatsachenirrtum ist, sofern er nicht unentschuldbar ist, ein Nichtigkeitsgrund, wenn er die wesentlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung oder des Vertragspartners betrifft." § 1133 Abs. 1: „Die wesentlichen Eigenschaften der Leistung sind die Eigenschaften, die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurden und in Erwägung derer die Parteien den Vertrag geschlossen haben." (Deutsche Übersetzung: https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/05/Allemand-Ordonnance-r%C3%A9forme-du-droit-des-contrats.pdf). Obwohl diese Vorschriften auf das außervertragliche Rechtsgeschäft entsprechende Anwendung finden (§ 1100-1 Abs. 2), ergibt sich daraus nicht unmittelbar ein Tatbestand der Nichtigkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts, wenn der Erklärende bei dem einseitigen Rechtsgeschäft (wie Vermächtnis) einem Irrtum über die Eigenschaften der Leistung unterlag.

[27] Vgl. *Yasuhiro Ikadatsu*, Shihô Riron no Paradaimu Tenkan to Keiyaku Riron no Saihen – Voluhu • Kanto • Savinî [Paradigmenwechsel der privatrechtlichen Theorie und Umgestaltung der Vertragstheorie – Wolff, Kant und Savigny] (2001), 13 ff. und 121 ff. Nach *Ikadatsu*

Bestimmungen zu den Rechtssubjekten („Person" und „juristische Person"), Rechtsgegenständen („Sache"), Handlungen („Rechtsgeschäft") und dem Zeitablauf („Verjährung") als die Gründe für die Veränderung der Rechte. In diesem System werden die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte als die gemeinsamen Grundsätze bezüglich Handlungen als Grund für die Veränderung der Rechte eingeordnet. Wenn es auch Raum für Diskussion über das Aufrechterhalten des im 19. Jahrhundert in Deutschland begründenden Pandektensystems gibt, so scheint es mir, dass der Sinn des Allgemeinen Teils in der heutigen Zeit als Erklärung und Bestätigung der gemeinsamen Grundprinzipien, welche für die Zivilgesellschaft gelten, angesehen werden sollte. Der Grund für die Beibehaltung der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte im Allgemeinen Teil kann grundsätzlich darin gesehen werden, dass sie gemeinsame Grundprinzipien für die Handlungen von Personen als Gründe für die Veränderung der Rechte festlegen.[28]

III. Stellungnahme zur Integrierung des Allgemeinen Vertragsrechts ins Allgemeine Schuldrecht

Die zweite Frage ist, ob der Allgemeine Teil des Vertrags vom Allgemeinen Schuldrecht zu trennen oder ins Allgemeine Schuldrecht zu integrieren ist.

1. Allgemeines Schuldrecht und Allgemeines Vertragsrecht im japanischen Zivilgesetzbuch

Im japanischen Meiji-Zivilgesetzbuch befindet sich Abschnitt 1 „Allgemeiner Teil" im Buch 3 „Forderungen". Abschnitt 1 hat folgenden Aufbau:

Titel 1 Gegenstand der Forderung
Titel 2 Wirkungen der Forderung
  Untertitel 1 Haftung für Nichterfüllung etc.
  Untertitel 2 Surrogationsrecht des Gläubigers und Recht des Gläubigers auf Aufhebung der benachteiligenden Handlung
Titel 3 Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern
  Untertitel 1 Allgemeine Vorschriften
  Untertitel 2 Unteilbare Forderungen und unteilbare Schuld
  Untertitel 3 Gesamtschuld
  Untertitel 4 Bürgschaftsschuld
Titel 4 Abtretung der Forderung
Titel 5 Erlösen der Forderung.

---

trug Kant entscheidend zur Gestaltung des Pandektensystems von Savigny bei, indem er das bisherige System der Pflichten zum System der subjektiven Rechte umwandelte und den autonomen Willen als das konstruktive Prinzip des Systems der subjektiven Rechte ansah.

[28] Vgl Yamamotos Gutachten (Fn. 19), 3; *Yamamoto* (Fn. 19), 10 f.

Abschnitt 2 „Vertrag“ ist folgendermaßen gegliedert:

Titel 1 „Allgemeine Vorschriften“
Untertitel 1 Zustandekommen des Vertrags
Untertitel 2 Wirkungen des Vertrags – Einrede der Erfüllung Zug und Zug, Gefahrtragung, Vertrag zugunsten Dritter
Untertitel 3 Rücktritt vom Vertrag.
[…]

Die Unterscheidung zwischen dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts und des Vertragsrechts folgt dem Gedanken des Pandektensystems, dass im Allgemeinen Schuldrecht nur die gemeinsamen Fragen der Forderung im Allgemeinen, nicht die Fragen allein des Vertrages, zu regeln sind. Daher können Angelegenheiten, die allein dem Vertrag gemeinsam sind, nur in den allgemeinen Bestimmungen des Vertrages geregelt werden. Dieser auf konsequenter Umsetzung des Pandektensystems basierende Aufbau, welcher die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts von den allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts abtrennt, findet sich weder im deutschen BGB noch in den Rechtsordnungen, die vom deutschen BGB beeinflusst sind, außer im koreanischen Zivilgesetzbuch.

2. Überlegungen im Prozess der japanischen Schuldrechtsreform

Im Zuge der Debatte über die Novellierung des japanischen Schuldrechts, und zwar in der anfänglichen Phase, wurde die Idee, wie bereits erwähnt, zunächst vorgeschlagen, abweichend von der bestehenden Struktur des Meiji-Zivilgesetzbuchs ein eigenes Vertragsgesetzbuch zu schaffen und vertragliche Angelegenheiten als solche zu regeln, so dass auch die Bestimmungen über das Allgemeine Schuldrecht als vertragliche Bestimmungen geregelt werden sollten. Nach der folgenden Phase wurde jedoch entsprechend der bisherigen Gliederung des Zivilgesetzbuches unter der Prämisse der Beibehaltung des Abschnitts „Forderungen“ erörtert, ob das Allgemeine Schuldrecht und das Allgemeine Vertragsrecht zusammengelegt werden sollten.

a) Integrierung des Allgemeinen Vertragsrechts ins Allgemeine Schuldrecht

(1) Notwendigkeit der Integrierung

Erstens argumentierte die Auffassung, dass die allgemeinen Vorschriften für Forderungen und die allgemeinen Vorschriften für Verträge zusammengelegt werden sollten, für die Notwendigkeit einer Integration wie folgt: [29]

Zum einen sind die Bestimmungen, welche für die Behandlung praktischer Fragen im Zusammenhang mit Verträgen gelten, in den allgemeinen Vorschriften für Forderungen und den allgemeinen Vorschriften für Verträge getrennt aufgeführt, so dass

[29] Vgl Yamamotos Gutachten (Fn. 19), 7; *Yamamoto* (Fn. 19), 24 f. Ähnlich ist auch Ômuras Gutachten (Fn. 16), 5.

sie nur von Rechtsexperten entdeckt und richtig angewendet werden können. Dies gilt insbesondere für die Erfüllung oder Nichterfüllung von Verträgen.[30] Obwohl es notwendig ist, bei der Konstruktion des Gesetzbuches die logische Kohärenz und Konsistenz beizubehalten, darf dies jedoch nicht auf Kosten der Praktikabilität und Verständlichkeit gehen. Dies gilt umso mehr für Gesetze, die für das Sozial- und Wirtschaftsleben grundlegend sind, wie das Zivilgesetzbuch.

Zweitens hängt der Inhalt der im Allgemeinen Teil für Forderungen enthaltenen Bestimmungen in der Praxis häufig vom Entstehungsgrund der Forderung oder Verpflichtung ab. Was beispielsweise die Haftung für Nichterfüllung anbelangt, so richten sich bei vertraglichen Verpflichtungen die Voraussetzungen und Auswirkungen der Schadensersatzpflicht nach dem Inhalt des Vertrages. In solchen Fällen ist es vorzugswürdig, die Tatbestände und Wirkungen in Übereinstimmung mit dem Vertrag zu bestimmen, der Entstehungsgrund für die Verpflichtung ist.

(2) Methode der Integrierung

Es werden zwei Wege vorgeschlagen, um diesen Aufbau der Bestimmungen zu erreichen.

Die erste Methode ist die Zusammenfassung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts und des Vertragsrechts in einem allgemeinen Teil. Konkret wird der Abschnitt 1 „Allgemeiner Teil“ im Buch 3 „Forderungen“ als „Allgemeiner Teil des Schuldrechts und des Vertragsrechts“ modifiziert, in dem die Rechtsinstitute und Bestimmungen, die im bisherigen Allgemeinen Teil des Vertragsrechts erfassten sind, aufgenommen werden.[31]

---

[30] Z.B. geht es bei dem Schadensersatz wegen der Nichterfüllung nicht nur um Art. 412, 415 und 416 des allgemeinen Schuldrechts, sondern auch um die Einrede der Erfüllung Zug um Zug im allgemeinen Vertragsrecht. Beim Rücktritt vom Vertrag geht es nicht nur um die Bestimmungen über den Rücktritt in den Artt. 540ff. des allgemeinen Vertragsrechts, sondern auch etwa um Art. 412 des allgemeinen Schuldrechts über Erfüllungsfrist und Verzug.

[31] Vgl. Grundsätze (Fn. 22), 11ff. und auch Yamamotos Gutachten (Fn. 19), 7ff.; *Yamamoto* (Fn. 19), 25f. Nach dieser Auffassung wird der Inhalt des Kapitels „Das Allgemeine Schuld- und Vertragsrecht“ wie folgt gestaltet (*Yamamoto* (Fn. 19), 45):

Abschnitt 1 Entstehung und Inhalt der Forderung und des Vertrags

Titel 1 Grundregeln

Titel 2 Entstehung der Forderung und des Vertrags

Untertitel 1 Verhandlung des Vertrags; Untertitel 2 Zustandekommen des Vertrags; Untertitel 3 Vertrag mit AGB

Titel 2 Inhalt der Forderung und des Vertrags

Untertitel 1 Inhalt der Forderung; Untertitel 2 Auslegung des Vertrags

Abschnitt 2 Wirkungen der Forderung und des Vertrags

Titel 1 Die Erfüllung der Schuld und des Vertrags

Untertitel 1 Aufforderung der Erfüllung und zwangsweise Erfüllung; Untertitel 2 Einrede der Erfüllung Zug um Zug; Untertitel 3 Unsicherheitseinrede; Untertitel 4 Störung der Geschäftsgrundlage

Die zweite Methode basiert auf der Aufrechterhaltung der Trennung des Allgemeinen Schuldrechts und des Vertragsrechts wie im bisherigen Aufbau des Zivilgesetzbuchs. Dann sollen die bisher im Allgemeinen Schuldrecht erfassten Bestimmungen, deren Inhalt von dem Entstehungsgrund der Schuld – dem Vertrag – abhängig ist, in den Allgemeinen Teil des Vertragsrechts verlegt werden.[32] Dieser Methode nach enthalten die Regelungen der „Wirkungen des Vertrages" die Bestimmungen über die Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrags.

Es wäre jedoch unangemessen, die Erfüllung und die Haftung für Nichterfüllung, nämlich die zentralen Wirkungen der Forderungen, nicht im Allgemeinen Teil des Schuldrechts, sondern im Allgemeinen Teil des Vertrags zu regeln. Die Erfüllung und die Haftung für Nichterfüllung ist ein gemeinsames Problem nicht nur bei der Vertragsschuld, sondern auch bei Schuldverhältnissen, die aus verschiedenen anderen Gründen entstanden sind, wie z.B. Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung und Ersatz von Schäden aus unerlaubter Handlung.

Deswegen ist es besser, der ersten Methode folgend das Allgemeine Schuldrecht und das Allgemeine Vertragsrecht als „Allgemeiner Teil des Schuld- und des Vertragsrechts" zusammenzulegen, in dem die Bestimmungen über das Allgemeine Schuldrecht sowie das Allgemeine Vertragsrecht vorgesehen werden.[33]

b) Aufrechterhaltung des Allgemeinen Schuldrechts und des Allgemeinen Vertragsrechts

Dagegen gab es auch die Auffassung, die unter der Berücksichtigung der Kontinuität, nämlich dass das bisherige Zivilgesetzbuch weit verbreitet ist und seit langem gilt,[34] die Trennung des allgemeinen Schuldrechts und des allgemeinen Vertragsrechts wie im bisherigen Aufbau des Zivilgesetzbuchs aufrechterhalten will.

Titel 2 Nichterfüllung der Schuld und des Vertrags
Untertitel 1 Schadensersatz wegen der Nichterfüllung der Schuld und des Vertrags; Untertitel 2 Rücktritt vom Vertrag; Untertitel 3 Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes
Titel 3 Annahmeverzug
Abschnitt 3 Sicherung des Haftungsvermögens
Titel 1 Surrogationsrecht des Gläubigers; Titel 2 Recht des Gläubigers auf Aufhebung der benachteiligenden Handlung
Abschnitt 4 Erlöschen der Forderung
Titel 1 Erfüllung; Titel 2 Aufrechnung; Titel 3 Novation; Titel 4 Erlass; Titel 5 Konfusion
Abschnitt 5 Wechsel der Parteien der Forderung und des Vertrags
Titel 1 Abtretung der Forderung; Titel 2 Schuldübernahme; Titel 3 Übertragung des Vertragsstatus
Abschnitt 6 Wertpapiere
Abschnitt 7 Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern
Abschnitt 8 Bürgschaft

[32] Vgl. Ômuras Gutachten (Fn. 16), 5.
[33] Vgl. *Yamamoto* (Fn. 19), 26.
[34] Yamanomes Gutachten (Fn. 19),1, 4.

Als Ergebnis gab es also auch bei dieser Frage keinen Konsens. Darüber hinaus, wie oben genannt, begrüßten die Praktiker keine große Veränderung des Systems des Gesetzbuchs. Aus diesen Gründen wurde der Aufbau des bisherigen Zivilgesetzbuchs unverändert aufrechterhalten, wenngleich einzelne Bestimmungen weitgehend überarbeitet wurden.[35]

3. Gründe für die Aufrechterhaltung des Allgemeinen Schuldrechts und des Allgemeinen Vertragsrechts und deren Bedeutung

Die Gründe für die Aufrechterhaltung des Allgemeinen Schuldrechts und des Allgemeinen Vertragsrechts und deren Bedeutung in der japanischen Schuldrechtsreform sind wie folgt zu beschreiben:

a) Aufrechterhaltung des Allgemeinen Schuldrechts

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts beibehalten wurden. Obwohl es am Anfang ein Konzept gab, ein selbständiges Vertragsrecht zu kodifizieren, wie oben erwähnt ist, fand die Beratung später unter der Prämisse der Aufrechterhaltung des Allgemeinen Schuldrechts über die Frage statt, ob das Allgemeine Vertragsrecht ins Allgemeine Schuldrecht integriert werden soll. Nach Ansichten der beiden Seiten wurde an der Prämisse festgehalten, dass der Allgemeine Teil für Forderungen beibehalten werden sollte. Zumindest wurde in Japan die Auffassung, dass der Allgemeine Teil des Schuldrechts abgeschafft werden sollte, nie vertreten.

Der Grund dafür besteht wohl darin, dass über denjenigen vom bisherigen Aufbau des Zivilgesetzbuchs aufgenommenen Gedanken in Japan unter den Praktikern Konsens besteht, nach welchem es bei den Regelungen bezüglich des Inhalts und der Wirkungen der Forderung (Haftung für Nichterfüllung und Sicherung der Forderung), Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, Abtretung, Erlöschen der Forderung nicht nur um den Vertrag, sondern um die gemeinsame Frage für Forderungen geht, so dass es angemessen ist, diese Bestimmungen im Allgemeinen Schuldrecht vorzusehen.

b) Aufrechterhaltung des Allgemeinen Vertragsrechts

Zweitens ist zu erwähnen, dass der Allgemeine Teil des Vertragsrechts, der sich vom Allgemeinen Schuldrecht unterscheidet, beibehalten wurde. Dies bedeutet jedoch nur, dass der bestehende Aufbau des Zivilgesetzbuches nicht geändert wurde. Dabei wurde kein positiver Grund genannt, warum der Allgemeine Teil des Vertragsrechts beibehalten werden sollte. Keiner hat den Systemgedanken des Pandektensystems in dieser Hinsicht positiv bewertet.

---

[35] Protokoll der 97. Sitzung (Fn. 21), 5 (*Tsutsui*).

c) Änderung der Regeln im Allgemeinen Schuldrecht

Nach den obigen Ausführungen mag es den Anschein erwecken, dass das im 19. Jahrhundert durch Rezeption des deutschen Rechts aufgenommene Pandektensystem bei der japanischen Schuldrechtsreform formell unverändert aufrechterhalten worden ist. Aus dem Inhalt der reformierten Bestimmungen ergibt es sich aber, dass diese Vorstellung nicht richtig ist.

So sah die Vorgängerbestimmung (Art. 415 ZG a. F.) in Bezug auf den Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Schuld vor, dass der Gläubiger keinen Schadenersatz verlangen konnte, wenn die Nichterfüllung der Schuld nicht auf „dem Schuldner zuzurechnende Umstände" zurückzuführen war.[36] Dagegen kann der Gläubiger nach dem Art. 415 Abs. 1 ZG n. F. den Schadensersatz nicht verlangen, wenn „die Nichterfüllung der Schuld auf Umständen beruht, die unter Berücksichtigung des Vertrags oder eines anderen Entstehungsgrundes der Schuld sowie der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht dem Schuldner zuzurechnen sind".[37] Die neue Regelung, dass solche „Umstände, die nicht dem Schuldner zuzurechnen sind", wegen „des Vertrags oder eines anderen Entstehungsgrundes der Schuld" unterschiedlich sein können, zeigt, dass sie keine abstrakte für sämtliche Forderungen geltende Regelung ist, die den Entstehungsgrund weglässt, sondern eine nicht von „dem Vertrag oder einem anderen Entstehungsgrund der Schuld" losgelöste Regelung ist.[38] Es ist erkennbar, dass dort die Idee der Integration des Allgemeinen Schuldrechts und des Allgemeinen Vertragsrechts zum Ausdruck kommt. Ähnliche Bestimmungen finden sich z. B. zur Sorgfaltspflicht bei der Stückschuld (Art. 400 ZG. n. F.), Bestimmung der Unmöglichkeit (Art. 412-2 Abs. 1 ZG. n. F.) und Übergabe einer bestimmten Sache mit der Beschaffenheit im Zeitpunkt der Fälligkeit (Art. 483, ZG. n. F.) usw.[39]

---

[36] So verstand die herrschende Meinung Art. 415 ZG a. F., der wie folgt lautete:
Art. 415 ZG a. F.: „Erfüllt der Schuldner nicht dem Inhalt der Schuld entsprechend, so kann der Gläubiger den Ersatz des daraus entstandenen Schadens verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Erfüllung der Schuld infolge der Umstände unmöglich geworden ist, die dem Schuldner zuzurechnen sind."

[37] Art. 415 Abs. 1 ZG n. F.: „Erfüllt der Schuldner nicht dem Inhalt der Schuld entsprechend oder ist die Erfüllung der Schuld unmöglich, so kann der Gläubiger den Ersatz des daraus entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn die Nichterfüllung der Schuld auf Umständen beruht, die unter Berücksichtigung des Vertrags oder eines anderen Entstehungsgrundes der Schuld sowie der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht dem Schuldner zuzurechnen sind."

[38] Vgl. *Tsutsui/Muramatsu* (Fn. 6), 74 f.

[39] Vgl. *Tsutsui/Muramatsu* (Fn. 6) 66, 71, 187.

IV. Integrierung des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch

Die dritte Frage liegt darin, ob die außerhalb des Zivilgesetzbuches geformten Sonderprivatgesetze, insbesondere das Verbrauchervertragsgesetz, ins Zivilgesetzbuch integriert werden sollen.

1. Gestaltung der Sonderprivatgesetze zum Verbrauchervertrag in Japan

Zunächst sollte erklärt werden, wie das Sonderprivatrecht zum Verbrauchervertrag in Japan gebildet ist.[40]

Der Kern der aktuellen Sonderprivatgesetze zum Verbrauchervertrag liegt in dem 2000 erlassenen Verbrauchervertragsgesetz. Wegen der strukturellen Ungleichgewichtslage im Hinblick auf die vorhandenen Informationen (Informationsqualität und -quantität) und die Verhandlungsstärke zwischen Unternehmer und Verbraucher sieht das Verbrauchervertragsgesetz spezielle zivilrechtliche Regelungen bezüglich des Ablaufs des Vertragsschlusses (Anerkenntnis des Anfechtungsrechts des Verbrauchers bei dem Vertragsschluss wegen falscher Übermittelung und anderer unangemessener Handlungen des Unternehmers) und des Inhalts des Vertrags (Kontrolle der unangemessenen Klauseln) vor.

Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl einzelner Spezialgesetze für Verbraucherverträge – oft in Verbindung mit öffentlich-rechtlichen Regelungen wie, z.B. Teilzahlungsgesetz, Gesetz über besondere Handelsgeschäfte, Reisegewerbegesetz, Immobiliengewerbegesetz und zahlreiche andere Gesetze.

Im Vergleich zu diesen Sondergesetzen ist das Verbrauchervertragsgesetz, das sich nur auf den Ablauf des Vertragsschlusses und den Inhalt von Verbraucherverträgen beschränkt, allgemein auf alle Verbraucherverträge anwendbar.

2. Überlegungen im Prozess der japanischen Schuldrechtsreform

Ob dieses Verhältnis von „Zivilgesetzbuch-Verbrauchervertragsgesetz-einzelne Sondergesetze“ in der Zukunft unverändert aufrechterhalten werden soll, wurde auch im Zuge der japanischen Schuldrechtsform diskutiert. Es gab zwei Hauptrichtungen, die in Frage kamen. Die erste bestand darin, das Verbrauchervertragsgesetz zu einem umfassenden Gesetzbuch für Verbraucherverträge weiterzuentwickeln und

[40] Des Weiteren, vgl. *Keizo Yamamoto*, Nihon niokeru Keiyaku Jiyû to Shôhisha Hogo – „Keiyaku-hô no Jisshitsu-ka“ kara mita Nihon-hô no Genjô to Kadai [Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Japan – Der aktuelle Stand und die Herausforderungen des japanischen Rechts aus der Sicht der „Materialisierung des Vertragsrechts“], in: Yang Chang Soo Sensei Koki Kinen Ronbun-shû–Jiritsu to Seigi no Minpôgaku [Festschrift für Yang Chang Soo zum 70. Geburtstag: Zivilrechtswissenschaft für Autonomie und Gerechtigkeit] (2021), 644 sowie auch *Keizo Yamamoto*, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Japan, ZJapanR SH15 (2019), 79ff.

auszubauen, indem die in einzelnen Sondergesetzen enthaltenen Regelungen in das Verbrauchervertragsgesetz aufgenommen werden. Die zweite bestand darin, die allgemeinen Vorschriften über Verbraucherverträge in das Zivilgesetzbuch aufzunehmen.

a) Volle Integrierung des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch

Im Zuge der Schuldrechtsreform wurde die zweite Ansicht von bedeutenden Wissenschaftlern als aussichtsvollere Option angesehen. Dies ist ähnlich wie bei der deutschen Schuldrechtsreform von 2002.

Es wurde vorgeschlagen, dass zunächst im Verbrauchervertragsgesetz (a) die Anfechtung wegen der falschen Übermittelung und Nichtankündigung nachteiliger Tatsachen so verallgemeinert werden soll, dass sie nicht nur für Verbraucherverträge, sondern auch für Willenserklärungen im Allgemeinen gilt und (b) die Anfechtung wegen Abgabe einer als absolut sicher bezeichneten Prognose und wegen Verlegung sowie die Vorschriften über unangemessene Klauseln als die für Verbraucherverträge geltenden Regelungen in das Zivilgesetzbuch aufzunehmen sind.[41] Es wurde nämlich die Auffassung vertreten, dass „es dem Charakter des Zivilgesetzbuchs als ‚Grundgesetz der Zivilgesellschaft' entspricht, die Grundprinzipien der in der Zivilgesellschaft täglich abgewickelten Geschäfte umfassend zu regeln, und dass dies auch im Hinblick auf das Grundprinzip des Zivilgesetzbuchs angemessen ist, dass es an die Gegebenheiten der modernen Gesellschaft angepasst sowie transparent und leicht verständlich sein sollte".[42]

b) Integrierung des Grundprinzips des Verbrauchervertragsgesetzes

In den Beratungen der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht) wurde diese Ansicht stark befürwortet, dennoch wurde die Integration der Bestimmungen des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch zurückgestellt.[43] Stattdessen gab es eine andere Auffassung, wonach nur die Grundprinzipien des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch aufgenommen werden sollten. Dement-

---

[41] Vgl. Grundsätze (Fn. 22), 10 f., 18; Ausführliche Erklärungen I (Fn. 22), 28 ff.

[42] *Minpô (Saiken-hô) Kaisei Kentô I'inkai* [Reformkommission für Zivilrecht (Schuldrecht)] (Hrsg.), Shinpojiumu „Saiken-hô Kaisei no Kihon Hôshin" [Symposium „Grundsätze der Schuldrechtsreform"], Bessatsu NBL 127 (2009), 11 (*Kaoru Kamata*).

[43] Es gab auch den Vorschlag, dass die im Verbrauchervertragsgesetz geregelte Anfechtung der Willenserklärung beim Missverständnis des Verbrauchers wegen der falschen Übermittelung des Unternehmens als eine allgemeine für alle Verträge geltende Bestimmung vorgeschrieben werden soll. Dieser Vorschlag wurde aber auch wegen des Widerstandes der Unternehmen nicht umgesetzt. Der Grund liegt darin, dass eine falsche Übermittelung auch ohne Absicht vorgenommen werden kann, so dass der Umfang der Anfechtbarkeit der Willenserklärung zu weit wäre, wenn diese Anfechtung im Allgemeinen anerkannt wäre. Vgl. Hôsei Shingikai Minpô (Saiken Kankei) Bukai Shiryô 83-2 [Unterlage 83-2 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht)] (http://www.moj.go.jp/content/000126620.pdf), 3.

sprechend wurde im 2013 veröffentlichten Zwischenentwurf der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht) vorgeschlagen, dass als „Bewertungsfaktoren für die Anwendung von Treu und Glauben usw." ein allgemeiner Grundsatz vorzusehen ist, dass „Ungleichgewicht bei Verträgen, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden (Verbraucherverträgen), auch bei Verträgen, die zwischen Parteien mit Gefällen in Hinblick auf Informationsqualität und -quantität sowie Verhandlungsstärke geschlossen werden, bei der Anwendung des Art. 1 Abs. 2 und 3[44] sowie der anderen Vorschriften des Zivilgesetzbuches berücksichtigt werden soll", um die Verknüpfung von Zivilgesetzbuch und Verbrauchervertragsgesetz sicherzustellen.[45]

c) Verzicht auf Integrierung

Letztendlich wurde aber auch dieser Vorschlag abgelehnt. Die Gründe liegen im Folgenden: Einige kritisierten den Vorschlag aus der Perspektive des grundlegenden Charakters des Zivilgesetzbuches. Es sei nicht notwendig, dass das Zivilgesetzbuch aufgrund von politischen Erwägungen den Schutz der Schwachen in das Zivilgesetzbuch als Grundgesetz einführe. Die Aufnahme der auf dem besonderen Charakter basierenden Bestimmungen ins Zivilgesetzbuch würde den Charakter des Zivilgesetzbuches als Grundgesetz erheblich verändern. „Es gibt kaum Aussicht des Entgegenkommens".[46]

3. Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der „Re-Kodifikation" in Japan

Die Ablehnung des Vorschlags der Integrierung des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch hat eher politische Gründe. Seitens der Unternehmer wurde befürchtet, dass die Integration des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch zu dessen Verlagerung in Richtung des Verbraucherschutzes führen würde. Seitens der Verbraucher wurde auch befürchtetet, dass das Verbraucherrecht zersplittert würde und auch eine einheitliche Regulierung durch das Verbraucheramt nicht mög-

---

[44] Art. 1 Abs. 2 ZG: „Die Ausübung von Rechten und die Erfüllung von Pflichten hat nach Treu und Glauben und redlich zu erfolgen."

Art. 1 Abs. 3 ZG: „Der Missbrauch von Rechten ist verboten."

[45] Vgl. *Hôsei Shingikai Minpô (Saiken Kankei) Bukai*, „Minpô (Saiken Kankei) no Kaisei ni kansuru Tyûkan Shian (2013 Nen 7 Gatsu 4 Ka Hotei)" [Zwischenentwurf für eine Reform des Zivilgesetzes (betreffend das Schuldrecht) (überarbeitet am 04. Juli 2013)] (https://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf), 48 sowie auch *Hômushô Minji-Kyoku Sanjikan-Shitsu*, Minpô (Saiken Kankei) no Kaisei ni kansuru Tsûkan Shian no Hosoku Setsumei (2013 Nen 7 Gatsu 4 Ka Hotei) [Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf für eine Reform des Zivilgesetzes (betreffend das Schuldrecht) (überarbeitet am 04.Juli2013)] (https://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf), 332 ff.

[46] Hôsei Shingikai Minpô (Saiken Kankei) Bukai Shiryô 75A [Unterlage 75A der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Schuldrecht)] (https://www.moj.go.jp/content/000121259.pdf), 4.

lich wäre, wenn aus dem gesamten Verbraucherrecht nur das Verbrauchervertragsgesetz in das Zivilgesetzbuch eingegliedert würde.[47] Infolgedessen muss festgestellt werden, dass die Eingliederung des Verbrauchervertragsgesetzes in das Zivilgesetzbuch zumindest vorläufig nur schwer zu realisieren ist. Für die Zukunft ist die erste oben genannte Ansicht – die Weiterentwicklung und Erweiterung des Verbrauchervertragsgesetzes zu einem umfassenden Gesetzbuch für Verbraucherverträge – eine Überlegung wert.[48]

Jedoch gäbe es beim Versuch der Kodifikation eines umfassenden Gesetzes über den Verbrauchervertrag auch große praktische Probleme. Die Erweiterung der Schutzmaßnahmen für Verbraucherverträge könnte zu einer stärkeren Einschränkung der Geschäftstätigkeit und zu übermäßigen Eingriffen führen. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass eine Regulierung mit unklaren Standards zu weniger Vorhersehbarkeit und übermäßigen Eingriffen durch *chilling effect* führen würde. Aus diesen Erwägungen ist die Tendenz im japanischen Verbraucherrecht einschließlich des Verbrauchervertragsgesetzes immer stärker, den Anwendungsgegenstand und Tatbestand der Regulierung zu präzisieren. Infolgedessen kommt es jedoch leichter zu mangelnden Regulierungen, die eine ständige Änderung der Rechtsvorschriften erforderlich machen.

Solche Regulierungen einfach zusammenzustellen, stellt keine sinnvolle „Re-Kodifikation" dar. Wenn die Kodifikation des Verbrauchervertragsrechts das Ziel sein soll, ist als Voraussetzung zunächst erforderlich, dessen Inhalt durch „prinzipielle Rechtssätze"[49] und nicht durch kasuistische Bestimmungen festzusetzen.

---

[47] Zu dem Vorschlag für die Integrierung des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetzbuch und der Diskussion darüber, siehe Grundsätze (Fn. 22), 18; Ausführliche Erklärungen I (Fn. 22), 28 f. sowie auch *Akio Yamanome*, Kaisei Saiken-hô no Schakai-zô – Kitei o nasu Ningen-kan [Das soziale Bild des reformierten Schuldrechts – das grundlegende Menschenbild], in: *Masaaki Yasunaga/Kaoru Kamata/Yoshihisa Nômi* (Redaktionelle Leitung), Saiken-hô Kaisei to Minpôgaku I–Sôron und Sôsoku [Schuldrechtreform und Zivilrechtswissenschaft I – Allgemeine Lehre und allgemeiner Teil] (2018), 16 f.

[48] Vgl. *Kano* (Fn. 9), 278 f. *Keizo Yamamoto*, Shôhisha Keiyaku-hô no Kaisei to Teiketsu Katei no Kisei no Minaoshi – Gonin niyoru Torikeshi no Genkyô to Kadai [Reform des Verbrauchervertragsgesetzes und Revision der Abschlusskontrolle – Aktueller Stand und Herausforderungen bei der Anfechtung aufgrund eines Missverständnisses], in: *ders.*, Keiyaku Kisei no Gendai-ka II – Minpô no Gendai-ka [Modernisierung der Vertragsregelung II –Modernisierung des Zivilrechts](2018, Erstabdruck 2013), 324 f. ist auch der Meinung, dass das Verbrauchervertragsgesetz nicht vollständig, sondern nur die Grundsätze ins Zivilgesetzbuch integriert werden soll und das Verbrauchervertragsgesetz zu einem Verbrauchervertragsgesetzbuch entwickelt werden soll.

[49] Zur Methode der Gesetzgebung des deutschen BGB betonte Planck, ein Verfasser des BGB, dass im Gesetzbuch „nicht die casuistische Methode befürwortet werden soll" und nicht „leitende Gedanken", sondern „prinzipielle Rechtssätze" zu bestimmen sind. *Gottlieb Planck*, Zur Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 75 (1889), 419 ff. Dazu siehe *Suizu* (Fn. 1), 93.

V. Schluss

1. Voraussetzung und Grenze der japanischen Schuldrechtsreform

Wie ausgeführt, wurde bei der japanischen Schuldrechtsreform auch die Frage erörtert, ob der Aufbau des Zivilgesetzbuchs geändert werden sollte, wobei im Ergebnis der Aufbau des bisherigen Meiji-Zivilgesetzbuchs aufrechterhalten wurde. Als eine Reform, die 120 Jahre nach der Kodifikation am Ende des 19. Jh. stattfindet, könnte das als zu konservativ erscheinen, aber dieses Ergebnis ist unvermeidlich und sogar zwangsläufig.

a) Teilreform des Zivilgesetzbuchs

Der Grund dafür liegt darin, dass diese Reform eine Teilreform darstellt. Wie bereits am Anfang vorgestellt, lautete das von der Regierung gesetzte Thema „Bezüglich der Bestimmungen zu den Schuldverhältnissen im Zivilgesetz […] ist […] eine Überarbeitung erforderlich mit dem Hauptaugenmerk auf den Bestimmungen zu Verträgen“. Dementsprechend war das Sachenrecht von der Diskussion ausgeschlossen und das Deliktsrecht im Schuldrecht war auch nicht Gegenstand der Reform. Wegen dieser Beschränkung des Beratungsgegenstandes ist es sehr schwierig, das System des Zivilgesetzbuchs grundlegend zu verändern, auch wenn man nicht sagen kann, dass solche Veränderung von Anfang an unmöglich ist. Neben der deutschen Schuldrechtsreform von 2002 zeigt die jüngste Reform des französischen Code civil auch die Beschränkung einer Teilreform.

b) Abänderung des bereits bestehenden Zivilgesetzbuchs

Darüber hinaus ist es auch wichtig, dass die Reform kein Gesetzbuch neu schafft, sondern das schon bestehende Gesetzbuch verändert. Im Hinblick auf den Aufbau und die Regelungsmethodik übernimmt das japanische Zivilgesetzbuch unter dem großen Einfluss des deutschen Rechts das Pandektensystem. Es ist bekannt, dass der Code civil ein Gesetzbuch für die Bürger ist und damit auf größstmögliche Verständlichkeit für die Bürger zielt. Hingegen bereitet das deutsche BGB, auf exakten Begriffen und einem logischen System basierend, für Rechtsanwender prinzipielle Rechtssätze vor und hat deshalb einen starken Charakter von „Juristenrecht“. Die Aufgabe, die sich die japanische Regierung bei der Schuldrechtsreform gestellt hat, bestand zwar darin, es „für die allgemeine Bevölkerung verständlich zu machen“, aber man kann sagen, dass dieses Ziel durch die Veränderung des japanischen Zivilgesetzbuchs von vornherein schwer zu erreichen war. Die an der Beratung der Reform teilnehmenden Praktiker waren auch Juristen, welche sich für die Umwandlung von einem für sie gut zugänglichen System des Zivilgesetzbuchs zu einem für die allgemeine Bevölkerung leicht verständlichen Gesetz nicht engagiert haben. Man kann also nichts gegen eine derartige Bewertung der Reform machen, dass das Zivil-

gesetzbuch, das aufgrund der Anhäufung von Rechtsprechung und Theorien in den 120 Jahren seit seinem Inkrafttreten auch für Juristen schwer verständlich geworden war, lediglich in ein für die heutigen Juristen leicht zu verstehendes Zivilgesetzbuch umgewandelt wurde.

2. Besonderheiten und Aufgabe des chinesischen Zivilgesetzbuchs aus rechtsvergleichender Sicht

Im Vergleich zur oben genannten Vorstellung und Reflexion der japanischen Schuldrechtreform möchte dieser Aufsatz schließlich mit der Vorstellung der Besonderheiten und der Aufgabe des chinesischen Zivilgesetzbuches aus rechtsvergleichender Sicht enden.

a) Beschränkung durch stufenweise Kodifikation

Zuerst ist das chinesische Zivilgesetzbuch zwar ein neues umfassendes Zivilgesetzbuch. In Wirklichkeit entstand dieses Gesetzbuch aber aus der Zusammenstellung einer Reihe stufenweiser Kodifikationen. Deswegen findet sich in der Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches mehr oder weniger auch die Beschränkung der Teilreform des bestehenden Gesetzbuchs wie in der japanischen Schuldrechtsreform. Der Grund, warum im chinesischen Zivilgesetzbuch gleichzeitig das Buch „Allgemeiner Teil" und das Buch „Vertrag" geregelt sind, liegt wohl in dieser stufenweisen Kodifikation.

b) Einordnung des Vertragsrechts im Zivilgesetzbuch

Zweitens gibt es aus der rechtvergleichenden Sicht folgende zwei Fragen nach der Einordnung des Vertragsrechts im chinesischen Zivilgesetzbuch. Bei der ersten Frage geht es darum, ob die Bestimmungen des Rechtsgeschäfts im Vertragsrechtsbuch zu regeln sind. Bei der zweiten Frage geht es darum, ob die Bestimmungen des Allgemeinen Schuldrechts im Vertragsrechtsbuch zu regeln sind.

(1) Sinn der Regelung des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil

In Bezug auf die erste Frage nimmt das chinesische Zivilgesetzbuch die Position ein, dass die Bestimmungen des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs ausführlich vorgeschrieben werden. Das kann nicht nur dadurch gerechtfertigt sein, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts nützlich ist, um den Vertrag und andere einseitige Rechtsgeschäfte lückenlos zu regeln. Wie in dem reformierten Code civil bestünde auch die Möglichkeit, dies im Vertragsrechtsbuch ausführlich zu regeln und auf das Rechtsgeschäft, welches nicht Vertrag ist, entsprechend Anwendung finden zu lassen. In der Tat gibt es nicht wenige Rechtsordnungen wie diese.

Bei der japanischen Schuldrechtsreform wurde das Problem bei einer solchen entsprechenden Anwendung darin gesehen, dass dadurch der Inhalt der Regelungen

nicht eindeutig festgelegt ist. Daneben wurde vertreten, dass es angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Begriffs des Rechtsgeschäfts auch angemessen ist, die Bestimmungen des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs zu verankern, weil sie in einem sich an subjektiven Rechten orientierenden System gemeinsames Grundprinzip des menschlichen Verhaltens als Gründe für die Veränderung von Rechten regeln. Warum sieht das chinesische Zivilgesetzbuch die Bestimmungen des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen Teil vor? Welchen Sinn hat dies? Diese Fragen sollen beantwortet werden.

(2) Sinn der Regelung des Allgemeinen Schuldrechts im Vertragsrechtsbuch

Die zweite Frage liegt in der Einstellung des chinesischen Zivilgesetzbuchs zur Einordnung der Bestimmungen des Allgemeinen Schuldrechts im Vertragsrechtsbuch. Diese Aufbauweise ist nicht unter den vom deutschen Recht beeinflussten Rechtsordnungen zu finden. Nach der Reform enthält sogar der Code civil, der ein anderes System als das deutsche BGB hat, einen Abschnitt über den Allgemeinen Teil der Obligation, der vom Abschnitt über die Entstehungsgründe der Obligation einschließlich Verträgen getrennt ist.

Der Grund dafür, dass das chinesische Zivilgesetzbuch die Bestimmungen des Allgemeinen Schuldrechts im Vertragsrechtsbuch regelt, liegt vielleicht nicht in dem Ziel, „ein für die allgemeine Bevölkerung verständliches Gesetzbuch" zu schaffen. Deshalb ist danach zu suchen, worin der positive Sinn dieser Einstellung liegt. Der Erörterung von Prof. Su nach kann diese zu der grundlegenden Frage nach der Angemessenheit der Gegenüberstellung von Sachenrecht und Schuldrecht führen. Auf jeden Fall sollen diese Fragen beantwortet werden.

c) Verhältnis zwischen dem Zivilgesetzbuch und dem Verbrauchervertragsrecht

Schließlich ergibt sich aus der rechtsvergleichenden Perspektive, dass das chinesische Zivilgesetzbuch kein Verbrauchervertragsrecht miteinbezieht. Wie am Anfang bereits dargestellt, hat das ins chinesische Zivilgesetzbuch integrierte Vertragsgesetz wegen der historischen Entwicklung einen starken Charakter als zivilrechtliches Unternehmerrecht. Das wäre vielleicht der Grund dafür, dass in China die Eingliederung des Verbrauchervertragsrechts kein Thema war. Dennoch sind auch in China die Bestimmungen des Verbrauchervertragsrechts wichtig. Vermutlich haben sich um das Verbraucherschutzgesetz herum verschiedene justizielle Auslegungen und Sondergesetze gebildet. Gibt es die Möglichkeit, dies zu kodifizieren, wie im französischen Recht? Oder hat das chinesische Verbraucherschutzgesetz bereits die Bedeutung eines Verbrauchergesetzbuchs? Diese Fragen sollen beantwortet werden.

Zur Struktur der chinesischen und japanischen Zivilrechtskodifikation aus kontinentaleuropäischer Sicht

(Zugleich Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Keizo Yamamoto)

Peter Jung

I. Einführung

Die verhältnismäßig junge Erscheinung der Kodifikation ist aus humanistischen und aufklärerischen Gedanken hervorgegangen.[1] Das Idealbild einer Kodifikation, dem die historischen Kodizes nur bedingt entsprechen, hat *Jeremy Bentham* formuliert. Eine Kodifikation weist danach drei Hauptmerkmale auf:[2] Sie ist sachlich, räumlich und zeitlich universal, indem sie einen Lebensbereich umfassend und einheitlich für ein Staatsgebiet normiert und dabei unter Ausschaltung historischer Zufälligkeit ein geistig vorgegebenes Rechtssystem möglichst dauerhaft festlegt. Die Kodifikation ist zweitens durch einen systematischen Aufbau gekennzeichnet und sie verdrängt schließlich drittens richterliches Ermessen.[3] Der Kodifikationsgedanke

---

[1] Siehe dazu nur *Franz Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, S. 34 ff. und *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II (19. Jahrhundert), 1989, S. 7 ff.

[2] Siehe dazu *Helmut Coing*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/1 (1982), S. 4 f. und *Joachim Münch*, Strukturprobleme der Kodifikation, in: Okko Behrends/Wolfgang Sellert (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, S. 147 ff. jeweils unter Hinweis auf die von *Etienne Dumont* 1828 unter dem Titel „De l'organisation judiciaire et de la codification" veröffentlichte Schrift *Jeremy Benthams*.

[3] Siehe zu einem kritischen Vergleich zwischen dem Benthamschen Ideal und dem Code civil bzw. dem ABGB *Josef Lukas*, Benthams Einfluß auf die Geschlossenheit der Kodifikation, AöR 26 (1910), 67 ff.

speiste sich zunächst aus dem naturrechtlichen Bedürfnis nach Erkenntnisgewissheit, später aus dem Bestreben des Gesetzespositivismus nach Entscheidungsgewissheit.[4] Förderlich wirkten sich zudem das spätabsolutistische Herrscherverständnis und dann der Nationalstaatsgedanke auf die Kodifikationsbewegung aus.[5] In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde in Europa allerdings zunehmend auch die Frage nach dem Sinn und der Machbarkeit umfassender und einheitlicher Gesetzeswerke gestellt. In einer sich rasch wandelnden Welt und einer pluralistischen Demokratie mit kurzen Wahlperioden könne es nur fragmentarische und periodische Gesetze geben.[6] Die Kodifikation sei bestenfalls ein nicht mehr real verfügbares Ideal.[7] Obwohl *Natalino Irti* diese Zeit einmal als Ära der Dekodifikation charakterisiert hat,[8] ist die Kodifikationsidee stets lebendig geblieben. Die weit über 50 Zivilrechtskodifikationen, die seit 1945 weltweit geschaffen wurden,[9] legen hiervon ebenso ein beredtes Zeugnis ab wie etwa auch das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz[10] mit seiner Rückführung von Sondergesetzen in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB).

Das Streben nach einer Kodifikation des (Privat-)Rechts hat ihren (unvollkommenen) Ausdruck zunächst in den naturrechtlich geprägten Gesetzbüchern des 18. Jahrhunderts, dem Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756, dem Allgemeinen Landrecht für die königlich preußischen Staaten von 1794, dem Code civil von 1804 und dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblande von 1811 gefunden. Seit sich auch Deutschland (1900) und die Schweiz (1912) hauptsächlich von der Pandektistik des 19. Jahrhunderts beeinflusste Zivilgesetzbücher gegeben und weitere Kodifikationsprojekte inspiriert haben,[11] gilt die Kodifikation der Kernmaterien des materiellen Privatrechts in einem,[12] zwei[13]

---

[4] Näher *Martin Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, Frankfurt/M 1998, S. 5ff.

[5] *Franz Wieacker* (Fn. 1), S. 34, 41; *Helmut Coing* (Fn. 1), S. 9f., 15 und 72.

[6] Dazu etwa *Friedrich Kübler*, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645ff.

[7] Vgl. dazu auch die bei *Bu*, Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches – ausgewählte Fragen, ZChinR 2017, 183, 184 wiedergegebene Diskussion über die Zeitgemäßheit einer Kodifikation weiter Teile des Privatrechts in China.

[8] *Natalino Irti*, L'età della decodificazione, 4. Aufl., Mailand 1999.

[9] *Rodolfo Sacco*, Codificare: modo superato di legiferare?, Revista di diritto civile 29 (1983), 117, 120f. spricht für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg sogar von einem noch nie zuvor beobachteten Kodifikationsfieber („*frenesia*“ und „*febbre*“).

[10] Gesetz zur *Modernisierung des Schuldrechts* vom 26. November 2001, BGBl. I 2001, 3138ff.

[11] Näher *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 322ff. mit Nachweisen.

[12] So z.B. in der Schweiz (Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit dem Obligationenrecht als formal fünftem Teil) und in Italien (Codice civile vom 16. März 1942).

[13] So z.B. in Italien (Codice civile vom 16. März 1942 und Codice del consumo vom 23. Oktober 2005).

oder drei[14] Kodizes als ein wichtiges Merkmal der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie.[15]

Bei näherer Betrachtung unterscheiden sich die Zivilgesetzbücher Kontinentaleuropas jedoch in erheblicher Weise bereits in ihrer Struktur und ihrem Stil. Es kann daher nicht verwundern, dass die verschiedenen europäischen Modelle in Ostasien im Rahmen der Rezeption europäischen Rechtsdenkens intensiv diskutiert wurden und werden. Das gilt in besonderer Weise für Japan, wo in der Meiji-Zeit zunächst ein dem Code civil nachempfundenes Zivilgesetzbuch entworfen, dann jedoch 1896/1898 ein Zivilgesetzbuch in Kraft gesetzt wurde,[16] dessen vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch beeinflusste pandektistische Struktur kürzlich wieder im Zuge der japanischen Schuldrechtsreform von 2020 grundlegend in Frage gestellt wurde.[17] Das zum 1. Januar 2021 in Kraft gesetzte und aus acht Einzelgesetzen[18] hervorgegangene Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China[19] geht teilweise zwar eigene Wege, indem es auf ein allgemeines Schuldrecht verzichtet, das Schuldrecht auf ein je eigenes vertrags- und deliktsrechtliches Buch verteilt und dem Personenrecht neben dem Ehe- und Familienrecht ein eigenes Buch widmet.[20] In der Diskussion um diese Gliederung sowie den im Anschluss an das Gesetz über die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts vom 12. April 1986 mit eigenen „chinesischen" Inhalten

---

[14] So z. B. in Frankreich (Code civil vom 16. März 1804, Code de Commerce vom 15. September 1807/18. September 2000 und Code de la Consommation von 1993/1995/2016) und in Österreich (ABGB vom 1. Juni 1811, UGB vom 1. Januar 2007 und Konsumentenschutzgesetz vom 1. Oktober 1979).

[15] Siehe nur *René David/Camille Jauffret-Spinosi/Marie Goré*, Les grands systèmes de droit contemporains, 12. Aufl., Paris 2016, S. 17.

[16] Zu einer deutschen Übersetzung siehe *Andreas Kaiser*, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache, Köln 2008; in englischer Sprache ist das japanZGB auf dem Stand vom 1. April 2009 abrufbar unter: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&id=2057&re=02&vm=02>.

[17] Siehe dazu eingehend den Beitrag von *Keizo Yamamoto*, in diesem Band, S. 112 ff., sowie *Tarô Suizu*, Die Schuldrechtsreform in Japan – betrachtet aus dem Blickwinkel der Kodifikationsidee, ZJapanR Nr. 32 (2011), 249 ff.; *Marc Dernauer*, Der Schuldrechtsreform-Entwurf: Eine Bewertung, ZJapanR Nr. 39 (2015), 35 ff.

[18] Mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches am 1. Januar 2021 wurden neben dem bereits 2017 vorab in Kraft gesetzten Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (2017) durch § 1260 chinZGB das Gesetz über die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (1986), das Ehegesetz (1980/2001), das Erbgesetz (1985), das Adoptionsgesetz (1992), das Gesetz über Sicherheiten (1995), das Vertragsgesetz (1999), das Gesetz über das Sachenrecht (2007) und das Gesetz über die Haftung für die Verletzung von Rechten (2009) aufgehoben.

[19] Eine von *DING Yijie, Peter Leibküchler, Nils Klages* und *Knut Benjamin Pißler* besorgte deutsche Übersetzung des am 28. Mai 2020 verabschiedeten und am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Zivilgesetzbuches ist abgedruckt in der ZChinR 2020, S. 207 ff. (abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747931>).

[20] Siehe dazu *Bu*, Das chinesische Zivilgesetzbuch: Eine Einleitung, in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch – Gesamtstruktur und Einzelfragen, Baden-Baden 2022, S. 11 f. und speziell zum neuen Personenrechtsbuch S. 20 ff.

geschaffenen allgemeinen Teil[21] und seine dogmatischen Grundlagen zeigt sich aber ebenfalls die tiefe Auseinandersetzung mit den Gesetzbüchern Kontinentaleuropas.[22] Der vorliegende Diskussionsbeitrag möchte zu diesen Debatten Gedankenanstöße aus der Sicht eines in Deutschland ausgebildeten und seit vielen Jahren in der Schweiz und Frankreich arbeitenden Juristen geben. In Anlehnung an das Referat von *Keizo Yamamoto* beschränkt er sich dabei im Wesentlichen auf vertrags- und schuldrechtliche Systemfragen.

II. Zielgruppe von Privatrechtskodifikationen

Die Entscheidung über die Zielgruppe einer Privatrechtskodifikation ist von grundlegender Bedeutung für die sich stellenden Strukturfragen. Das japanische Zivilgesetzbuch richtet sich wie das BGB an den ausgebildeten Juristen. Daran hat auch die Reform des Schuldrechts in Japan nichts geändert, selbst wenn das japanische Justizministerium der Reformkommission den Auftrag gegeben hatte, das Zivilgesetzbuch bürgerfreundlicher zu gestalten.[23] Im chinesischen Zivilgesetzbuch sollte einerseits mit dem Allgemeinen Teil eine gewisse Wissenschaftlichkeit verwirklicht, andererseits mit pragmatischen Detailregelungen etwa im Deliktsrecht aber auch die Bürgernähe nicht aus den Augen verloren werden.[24]

Immer wieder wird das Ideal eines laienverständlichen Gesetzbuchs propagiert. Für den politischen Gesetzgeber gehört diese Forderung gewissermaßen zum guten Ton. So hat bereits *Montesquieu* geäußert, dass die Gesetze für Menschen von mittelmäßigem Verstand geschrieben werden sollten und nicht der Kunst der Logik, sondern der schlichten Vernunft eines guten Familienvaters entspringen sollten.[25] Ganz in dieser Tradition steht auch das schweizerische Zivilgesetzbuch, das nach seinem Schöpfer *Eugen Huber* dem verständigen Mann aus dem Herzen gesprochen sein sollte.[26]

---

[21] Siehe zum eigenständigen Charakter des nur äußerlich dem BGB ähnelnden allgemeinen Teils des chinesischen Zivilgesetzbuchs *Zhu Qingyu*, Von den Allgemeinen Grundsätzen zum Allgemeinen Teil des Chinesischen Zivilgesetzbuches, in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch – Gesamtstruktur und Einzelfragen, Baden-Baden 2022, S. 39 ff.; zu dem im Jahre 2017 bereits vorab verabschiedeten Allgemeinen Teil rechtsvergleichend *Bu* (Fn. 7), 183 ff.

[22] *Bu* (Fn. 7), 186.

[23] *Marc Dernauer* (Fn. 17), 38 mit Nachweisen in Fn. 13.

[24] Dazu *Bu* (Fn. 20), S. 13 bzw. S. 14 f. jeweils mit Nachweisen.

[25] *Charles de Secondat, Baron de Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, Genf 1748, livre XXIX, chap. 16: „Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille"; ähnlich *Carl Anton von Martini*, Des Freiherrn von Martini allgemeines Recht der Staaten, Wien 1788, S. 34, wonach die Gesetze wie die zehn Gebote „kurz, leicht und faßlich geschrieben seyn" sollen, da nicht alle Untertanen ein gleich gutes Gedächtnis und die gleiche Beurteilungskraft hätten.

[26] *Eugen Huber*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des

Der fachliche Charakter einer Kodifikation ist jedoch unabdingbar. Die Laienverständlichkeit ist eine nicht realistische[27] und zudem fragwürdige Zielsetzung. Laien sind dem Recht zwar unterworfen, doch soll und muss es von ihnen zumeist[28] nicht angewendet werden. Der möglichst sicheren und einfachen Rechtsanwendung sind ein laienhafter und damit auslegungsbedürftiger Sprachgebrauch sowie ein ausufernder konkreter Regelungsstil nach Art des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten[29] abträglich. Man wird auch schwerlich behaupten können, dass der im schweizerischen ZGB und OR ungefähr 30mal verwendete,[30] aber nirgends definierte oder aus Regelungen erschließbare Begriff des Rechtsgeschäfts mit seinem juristischen Bedeutungsgehalt aus sich heraus laienverständlich ist. Das kodifikatorische Bedürfnis nach Systematik spricht ebenfalls für die Technizität der Regelungen. Es ist nicht richtig, die Strukturierung des Rechtsstoffs vor allem der Doktrin und der Rechtsprechung zu überlassen, wie das etwa *Eugen Huber* vorschwebte.[31] Damit würde sich die Praxis vom Gesetzestext entfernen und die Laienverständlichkeit letztlich ebenfalls verfehlt.

Statt der Chimäre der Laienverständlichkeit nachzujagen, sollte sich der Gesetzgeber um die Verständlichkeit der von ihm geschaffenen Normen für den juristisch auszubildenden und gebildeten Rechtsanwender bemühen. Diesem Anliegen wird nämlich immer weniger Rechnung getragen. Hier kann sich der Gesetzgeber etwa

Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Aufl., Bern 1914, S. 2: „Das Gesetz muss aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein. Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muss die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen. Keine Nachahmung, keine Wissenschaft, keine Phantasie vermag hier den eigentlichen Lebensnerv zu ersetzen.") und S. 12 f.; dazu auch *Ernst A. Kramer*, Der Stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation – Ein Modell für Europa?, RabelsZ 72 (2008), 773, 776 ff; dazu und zu weiteren Besonderheiten der schweizerischen Kodifikation jüngst auch *Olivier Riske/Blaise Carron*, 111 ans après: La place du code des obligations au sein des grandes codifications, ZSR 141 (2022) I, 31, 43 ff..

[27] Dazu schon *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abteilung, Leipzig 1858, S. 331 („Wahn") und 344 („Der Eifer gegen die juristische Terminologie, das Verlangen, daß die Jurisprudenz möglichst sich der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedienen solle, zeugt von einer zu großen Unkenntniß der praktischen Lebensgesetze"); vgl. auch im Hinblick auf aktuelle Kodifikationsvorhaben *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Zivilrechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 175 („pure Romantik").

[28] In einigen Kantonen der Schweiz amten in der Zivilgerichtsbarkeit allerdings noch Laienrichter, die von juristisch ausgebildeten Gerichtsschreibern unterstützt werden; hierin liegt auch ein Grund für das Postulat der Laienverständlichkeit des Zivilgesetzbuchs (dazu *Huber* [Fn. 26], S. 25).

[29] *Franz Wieacker* (Fn. 11), 332 nennt im Anschluss an *Fritz Schulz* als Charakteristikum des ALR „die sehr vollständige und anschauliche, zuweilen aber auch fast erheiternd ängstliche Kasuistik"; so erstreckt sich etwa die im BGB in den §§ 97 f. enthaltene Definition des Zubehörs im ALR auf 67 Paragrafen über Pertinenzstücke (I 2 §§ 42–109).

[30] Siehe etwa Art. 6, 55 Abs. 2, 168 ff., 408, 528 Abs. 1, 732, 799 und 974 Abs. 2 CH-ZGB sowie Art. 33 Abs. 2, 40a Abs. 2, 216c Abs. 1, 418n Abs. 2, 567, 684 Abs. 2 und 743 OR.

[31] *Eugen Huber* (Fn. 26), S. 10 f.

ein Beispiel an den Vorgaben *Eugen Hubers* nehmen, wonach u.a. ein Gesetzesartikel maximal drei Absätze und ein Absatz nur einen (nicht verschachtelten) Satz aufweisen soll.[32] Wer zudem beispielsweise die beiden Formulierungen des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips in § 164 Abs. 2 BGB[33] und Art. 32 Abs. 2 OR[34] oder die aus neuerer Zeit stammende Regelung des Widerrufsrechts bei sog. Haustürgeschäften in den §§ 312b, 312g, 355 f. BGB und Art. 40a ff. OR miteinander vergleicht, wird sich am vergleichsweise einfachen Regelungsstil des schweizerischen Obligationenrechts erfreuen, selbst wenn die genannten Bestimmungen noch keineswegs laienverständlich formuliert sind. Der Gesetzgeber könnte sich auch an Art. 11 der 1893 für das japanische Zivilgesetzbuch formulierten Kodifikationsprinzipien orientieren, wonach das Zivilgesetzbuch sich auf die Regelung genereller oder strittiger Fragen beschränken sollte.[35]

III. Unvollkommenheit von Privatrechtskodifikationen

Die Kodifikation des gesamten Privatrechts ist eine schwierige Angelegenheit. Es steht sogar zu vermuten, dass es ein perfektes Privatrechtssystem nicht geben kann.[36] Insofern vermag die Kritik an den Strukturen des japanischen und des chinesischen Zivilgesetzbuchs nicht zu überraschen. Auch die dem Verfasser näher bekannten Privatrechtskodifikationen Deutschlands, Frankreichs, Italiens, Österreichs und der Schweiz weisen alle mehr oder weniger gravierende Schwächen in der Gliederung des Rechtsstoffes auf. Das liegt zunächst einmal daran, dass mit bestimmten systematischen Vorteilen immer zugleich auch Nachteile verbunden sind. Man kann das als Strukturdilemma bezeichnen. Werden beispielsweise allgemeine Fragen vor die Klammer gezogen, um Grundprinzipien und dogmatische Strukturen vorzugeben sowie Wiederholungen zu vermeiden, werden inhaltlich zusammengehörende Rege-

---

[32] *Eugen Huber* (Fn. 26), S. 14.

[33] „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht“.

[34] „Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse“.

[35] *Hōten chōsa no hōshin*, abgedruckt in: Masao Fukushima (Hrsg.), *Hozumi Nobushige rippō kankei bunsho no kenkyū*, Tōkyō 1989, S. 120 f. (zitiert nach *Akira Kamo*, Blick aus Japan auf die deutsche Schuldrechtsmodernisierung – Eine Studie zur Rechtsübertragung, ZJapanR Nr. 38 [2014], S. 173 Fn. 8).

[36] Zur Unvollkommenheit jedes Zivilrechtssystems bereits *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandektenrechts, 2. Aufl., Jena 1805, Vorrede S. IV: „…wie sollte der Jurist aus dem, ihm gegeben Haufen verwirrter, willkürlicher Bestimmungen ein ideales System bilden können?“; ähnlich *Otto von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I (Allgemeiner Teil und Personenrecht), S. 107.

lungen notwendig auseinandergerissen. Es entsteht mit dem allgemeinen Teil zudem eine Art Gemischtwarenladen, der – um im Bild zu bleiben – auf der grünen Wiese vor den Toren der Stadt, in der sich das Leben und die Rechtsprobleme abspielen, in schickem, aber etwas kühlem Design errichtet wurde. Deshalb haben selbst die Verfasser des BGB dieses Prinzip nicht stringent verwirklicht und etwa einerseits auf ein allgemeines Recht der juristischen Personen verzichtet und andererseits das Vereinsrecht als Muster im Allgemeinen Teil detailliert und zusammenhängend geregelt. Auch das allgemeine Vertragsrecht wurde anders als in Japan nicht eigenständig, sondern teils im Rahmen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und teils im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts abgehandelt.

Außerdem gibt es Rechtsmaterien, die sich von vornherein einer eindeutigen Einordnung entziehen. So hat beispielsweise die vermögensrechtliche Natur des Ehegüterrechts dazu geführt, dass sie im französischen Code civil nicht wie zumeist in anderen Rechtsordnungen im Eherecht, sondern getrennt vom statusbezogenen Eherecht im Vermögensrecht geregelt wurde.[37] Neben naturrechtlichen Einflüssen[38] dürfte die unterschiedliche Natur der familien- und erbrechtlichen Regelungsmaterien auch ein Grund dafür gewesen sein, dass das Pandektensystem durch den systematischen Bruch zwischen einer im Schuld- und Sachenrecht rechtssystematisch orientierten sowie einer dann im Familien- und Erbrecht an Lebenssachverhalten orientierten Gliederung gekennzeichnet ist.[39]

Hinzu kommen historische Gründe und Pfadabhängigkeiten, die zur Integration systemfremder Elemente in ein Privatrechtsgesetzbuch zwingen. So hatte etwa das schweizerische ZGB den kantonalen Traditionen Rechnung zu tragen.[40] Historische Gründe dürften auch etwa für die Integration des für Rechtsgeschäfte mit einem Geschäftswert von aktuell über 1500 Euro geltenden Beweisrechts[41] in den Code civil verantwortlich sein. Bekanntlich waren es berufsständische Sonderinteressen, die dazu geführt haben, dass sich das ansonsten der Abstraktion verpflichtet fühlende BGB ganz konkret dem Bienenrecht[42] widmet.[43] Überhaupt sind parlamentarische Interventionen und Kompromissfindungen in letzter Minute immer wieder Ursache dafür, dass sorgfältig errichtete dogmatische Gebäude partiell zum Einsturz gebracht werden.[44]

---

[37] Art. 1387 bis 1581 Code civil.

[38] Dazu *Andreas B. Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 42 (1921) 578, 602 f.

[39] So hat etwa bereits *Ernst Zitelmann*, Der Wert eines ‚allgemeinen Teils' des bürgerlichen Rechts, Grünhuts Zeitschrift 33 (1906), 1, 9 ff. von einer „Kreuzeinteilung" gesprochen.

[40] Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Vom 28. Mai 1904), BBl 1904 IV 1, S. 5 ff.

[41] Art. 1353 bis 1386-1 Code civil.

[42] §§ 961 ff. BGB.

[43] Dazu *Franz Wieacker* (Fn. 11), S. 471.

[44] Für die deutsche Schuldrechtsmodernisierung etwa *Christian Baldus*, Das BGB – eine

Schließlich muss sich die geschaffene Struktur des Zivilgesetzbuchs immer wieder den Bedürfnissen der Reformgesetzgebung anpassen. Diese steht nicht selten unter inter- und supranationalen und damit außerhalb des Systems liegenden Einflüssen.[45] Das gilt besonders für die EU-Regelungen zum Verbraucherrecht, die im deutschen Recht wegen des Verzichts auf eine gesonderte Kodifikation des Verbraucherschutzrechts weitgehend in das BGB und das EGBGB integriert werden müssen.[46]

IV. Verortung des Handels- und Verbraucherrechts

Während das chinesische Recht ein paar wenige und marginale handels- bzw. unternehmensrechtliche Sonderregelungen in das Zivilgesetzbuch integriert[47] und auf ein gesondertes Handelsgesetzbuch verzichtet hat,[48] besteht im japanischen Recht eine eigenständige Kodifikation des Handelsrechts.[49] Das Verbraucherrecht wird sowohl im chinesischen[50] wie im japanischen[51] Recht im Wesentlichen in einem Sondergesetz geregelt.

---

deutsche Zivilrechtskodifikation in Europa, in: Staudinger BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl., Berlin 2020, Rn. A 155.

[45] Zu internationalen (insb. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 – CISG) und supranationalen (insb. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12 ff.) Einflüssen auf die zum 1. Januar 2002 in Kraft getretene Modernisierung des deutschen Schuldrechts *Christian Baldus* (Fn. 44), Rn. A 151 ff.

[46] Dazu *Thomas Pfeiffer*, Die Integration von ‚Nebengesetzen' in das BGB, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 481 ff.; *Martin Schmidt-Kessel*, Lehrbuch Verbraucherrecht, 2018 (E-Pub), Rn. 280 ff.

[47] Siehe insbesondere §§ 54 bis 56, 268, 396, 448 und 473 chinZGB.

[48] Zur Diskussion zwischen Anhängern des monistischen und des dualistischen Modells in China jeweils mit Nachweisen *Bu* (Fn. 7), S. 184 f.

[49] Gesetz Nr. 48 vom 9. März 1899; eine Übersetzung in englischer Sprache vom 8. September 2009 ist abrufbar unter: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2135&vm=04&re=02.

[50] Vgl. § 128 chinZGB und das Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz der Rechte und Interessen von Verbrauchern vom 31. Oktober 1993; dazu *Jörg Binding*, Das Verbraucherrecht der VR China – Teil 1, VuR 2012, 423 ff. und Teil 2, VuR 2012, 470 ff.; zur Reform des Gesetzes *WANG Jianyi*, Das revidierte Verbraucherschutzgesetz der Volksrepublik China, RIW 2014, 265 ff.

[51] Gesetz Nr. 61/2000; das Gesetz ist in einer von *Marc Dernauer* besorgten Übersetzung und mit einer Einführung abgedruckt in: ZJapanR 2001, 241 ff.; eingehend dazu *Marc Dernauer*, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht, Tübingen 2006; zu neueren Entwicklungen *Keizo Yamamoto*, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Japan, ZJapanR, Sonderheft 15, 2019, S. 77 ff.

Demgegenüber hat sich in den meisten Privatrechten, die in jüngerer Zeit eine (Neu-)Kodifikation erfahren haben, zumindest hinsichtlich des Handels- bzw. Unternehmensrechts das Integrationsmodell durchgesetzt. Das gilt etwa für Italien (1942),[52] die Niederlande (1992),[53] die Russische Föderation (1996),[54] Brasilien (2003),[55] Ungarn (2014)[56] und Argentinien (2015)[57]. Das deutsche Recht kennt zwar nach wie vor ein gesondertes Handelsgesetzbuch, welches neben dem Sonderprivatrecht der Kaufleute auch das Recht der Personenhandelsgesellschaften und einige öffentlich-rechtliche Regelungen zum Handelsregister-, Firmenordnungs- und Rechnungslegungsrecht enthält, doch hat es mit und seit der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform das Verbraucherrecht in das BGB integriert.[58]

Das schweizerische Recht ist bekanntlich vom Beginn an dem Integrationsmodell gefolgt[59] und hat insofern auf die genannten anderen Rechtsordnungen prägend ge-

---

[52] Zur Integration des zuvor in einem eigenen Gesetzbuch geregelten Handelsrechts in den Codice civile von 1942 *Marco Cian*, Il diritto commerciale. Nozione, storia, fonti, in: Marco Cian (Hrsg.) Diritto commerciale, Bd. I, Turin 2013, S. 18 ff.

[53] In den Niederlanden wurde schon 1935 ein erster Schritt zur Integration des Handelsrechts unternommen (dazu *Rudolph P. Cleveringa*, ZHR 101 [1935], 319 ff.), die dann 1992 und 2006 mit der Integration des 1838 geschaffenen Wetboek van Koophandel in das auch den Konsumentenschutz regelnde Burgerlijk Wetboek zum Abschluss gebracht wurde (zum BW von 1992 und seiner Konzeption in rechtsvergleichender Perspektive *Arthur Hartkamp*, Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht, RabelsZ 57 [1993], 664 ff.; *Ulrich Drobnig*, Das neue niederländische Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht, ERPL 1 [1993], 171 ff.; *Denis Tallon*, The New Dutch Civil Code in a Comparative Perspective – A French View-point, ERPL 1 [1993], 189 ff.).

[54] *Stefanie Solotych, Das* Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation – Textübersetzung mit Einführung, Teil I, 2. Aufl., Baden-Baden 1997, S. 17.

[55] Lei nº 10.406 *de* 10 de janeiro de *2002* (in Kraft seit 1. Januar 2003); eingehend zur Konzeption als Code unique *Jan Peter Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, Tübingen 2009, S. 163 ff.

[56] Gesetz Nr. V vom 11. Februar 2013; siehe dazu *Lajos Vékás*, Über das ungarische Zivilgesetzbuch im Spiegel der neueren europäischen Privatrechtsentwicklung, ZEuP 2016, 37 ff.

[57] Código Civil y Comercial (CCyC) als Ley Nº 26.994 (in Kraft seit 1. August 2015); die Bestimmungen über Handelsgesellschaften und zum Konsumentenschutz finden sich allerdings gesondert in der Ley de Sociedades Comerciales (Nº 19.550) bzw. der Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240); näher dazu *Augustin Parise*, The Argentine Civil and Commercial Code (2015): Igniting a Third Generation of Codes for Latin America, ZEuP 2017, 639 ff.

[58] Siehe dazu die Nachweise in Fn. 46.

[59] Näher dazu für das Handelsrecht *Walther Munzinger*, Ein Gutachten für das Tit. Justiz und Polizeidepartement des schweizerischen Bundesrathes, Bern 1862, S. 13 ff. (abgedruckt bei *Urs Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 24 ff.); *Karl Oftinger*, Handelsrecht und Zivilrecht, Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher?, SJZ 50 (1954), 153 ff.; rechtsvergleichend *Constanze Helene Castello*, Anknüpfungspunkte für die Anwendbarkeit von Handelsrecht: ein Rechtsvergleich der Länder Deutschland, Österreich, Schweiz, Spanien und England, Stuttgart 2000, S. 127 ff.

wirkt.[60] So finden sich nicht nur die im Vergleich zum französischen Code de commerce von 1807/2000 sowie zum deutschen und japanischen HGB von 1897 bzw. 1899 deutlich weniger umfangreichen verkehrsrechtlichen Bestimmungen des Handelsrechts zu den Handelsgeschäften, zur kaufmännischen Stellvertretung und zum Vertriebsrecht im CH-ZGB und OR,[61] sondern auch die statusrechtlichen Regelungen zur Handelsregisterpublizität,[62] zum Firmenrecht[63] und zur Rechnungslegung[64] sowie die Bestimmungen über die Handelsgesellschaften[65] und Genossenschaften[66] im OR. Der in der deutschschweizerischen Tradition liegende Verzicht auf ein gesondertes Handelsgesetzbuch wurde in der Botschaft[67] zum einen damit begründet, dass die Sonderbehandlung eines Berufsstandes, welche sich auch bei einem objektiven Ansatz letztlich ergebe, der demokratischen Gesinnung des Schweizervolkes und der wünschenswerten Gleichstellung aller Volksklassen zuwiderliefe.[68] Zum anderen verwies die Botschaft auf die in allen Schichten in hohem Grade verbreitete Schulbildung und geschäftliche Begabung des Schweizervolkes.[69]

Weniger gelungen ist die Integration des ebenfalls deutlich weniger umfangreichen schweizerischen Konsumentenschutzrechts in das Obligationenrecht. So finden sich im Wesentlichen nur die Bestimmungen über das Haustürwiderrufsrecht im Obligationenrecht.[70] Insbesondere die Regelung zur Inhaltskontrolle von AGB in Konsumentenverträgen wurde nicht im allgemeinen Vertragsrecht, sondern systematisch fragwürdig in Art. 8 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verankert. Als „Kuckucksei im UWG“[71] passt die Regelung mit ihrer Beschränkung auf Konsumentenverträge und ihrem Ziel der *Inhalts*kontrolle von Verträgen nicht in das für alle Wettbewerbshandlungen geltende und auf unlautere Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einem Vertrags*abschluss* zielende Wettbewerbsrecht.[72] Auch

[60] *Ernst A. Kramer* (Fn. 26), 781 f.

[61] Siehe insbesondere Art. 895 Abs. 2 und 934 Abs. 2 CH-ZGB sowie Art. 104 Abs. 3, 124 Abs. 3, 190, 191 Abs. 3, Art. 212 Abs. 3, 215 Abs. 2, 313 Abs. 2, 314 Abs. 3, 429 Abs. 2, 430 Abs. 1 und 458 ff. OR.

[62] Art. 927 ff. OR.

[63] Art. 944 ff. OR.

[64] Art. 957 ff. OR.

[65] Art. 552 ff. OR.

[66] Art. 828 ff. OR.

[67] BBl 1880 I 149, 174.

[68] Näher *Pio Caroni*, Der ‚demokratische‘ Code unique von 1881, in: Pio Caroni (Hrsg.), Das *Obligationenrecht* 1883–1983. Berner Ringvorlesung, Bern 1984, S. 20 f. und 38 ff.

[69] Kritisch *Eugen Bucher*, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102 II (1983), 251, 263.

[70] Art. 40a bis 40f OR.

[71] *Eugénie Holliger-Hagmann*, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.

[72] Eingehend zur Fehlplatzierung der AGB-Inhaltskontrolle in Art. 8 UWG *Peter Jung*, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-

die Vorschriften zur Konsumenteninformation, über Pauschalreisen und über den Konsumkredit wurden in neuen Sondergesetzen platziert.[73]

In systematischer Hinsicht bietet die Einheitskodifikation deutliche Vorteile. Die Sondernormen des Handels- oder Konsumentenschutzrechts finden sich gleich an der thematisch einschlägigen Stelle. Weder der Reformgesetzgeber[74] noch der Normanwender können sie übersehen. Die Sonderregelung unmittelbar im thematisch einschlägigen Bereich erhöht zudem den Rechtfertigungsdruck für Differenzierungen. Unnötige Doppelregelungen und ungerechtfertigte Differenzierungen können auf diese Weise (eher) vermieden werden.

Inhaltlich birgt die Einheitskodifikation aber auch Gefahren, die sich zwar nicht zwingend realisieren müssen, aber doch im schweizerischen, chinesischen bzw. deutschen Recht realisiert haben. Da ist zum einen die Gefahr, dass die dezentrale Regelung handels- oder konsumentenschutzrechtlicher Sachverhalte zu einer Vernachlässigung der einheitlichen tatbestandlichen Abgrenzung des Handels- und Konsumentenschutzrechts vom übrigen Privatrecht führt. So fehlen im schweizerischen Gesetz, in der Rechtsprechung und in der Doktrin nicht nur allgemeine Abgrenzungskriterien subjektiver oder objektiver Natur. Auch dezentral schafft der Gesetzgeber mit unterschiedlichen Begriffen und verfehlten Regelungen Verwirrung, die auch durch Rechtsprechung und Doktrin nicht beseitigt wird. Hier fehlt oft schon das Problembewusstsein. Selbst bei einer konkreten Regelungsfrage wie der Umschreibung der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister verfehlt der Schweizer Gesetzgeber eine einfache, sachlich nachvollziehbare und zumindest auf das benachbarte Firmenrecht abgestimmte Regelung.[75] So differenziert er nicht nur unnötig zwischen Einzelunternehmern und Personengesellschaften,[76] sondern stellt auch noch unterschiedliche Anforderungen an die Eintragungspflicht von Freiberuflern und Landwirten einerseits, die wie die Personengesellschaften ein kaufmännisches Gewerbe betreiben müssen, und den sonstigen Einzelunternehmern andererseits, die im letzten Geschäftsjahr ein Gewerbe mit einem Umsatzerlös von mindestens

---

Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2013, S. 129 ff.

[73] Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG) vom 5. Oktober 1990 (SR 944.0); Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3); Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) vom 23. März 2001 (SR 221.214.1).

[74] So hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der sog. Schuldrechtsmodernisierung von 2001 etwa vergessen, den Wortlaut von § 375 Abs. 2 S. 1 HGB („*oder*") an den neuen § 325 BGB (neu geschaffene Möglichkeit einer Kombination von Rücktritt und Schadensersatz) anzupassen. Das gesetzgeberische Versehen muss mit Hilfe der lex posterior-Regel korrigiert werden (dazu nur *Peter Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl., München 2019, Kap. 10 Rn. 5).

[75] Kritisch *Peter Jung/Harald Meier*, Die Pflicht zur deklaratorischen Eintragung in das Handelsregister de lege lata et ferenda, REPRAX 4/2019, 115, 118 f.

[76] Art. 931 Abs. 1 OR einerseits sowie Art. 552 f., 594 Abs. 1, Abs. 3 und 595 OR andererseits.

100.000 Franken betrieben haben müssen.[77] Ob die auf diese Weise eintragungspflichtigen Einzelunternehmer dann zu den immer noch zahlreichen Sonderregelungen unterworfenen Kaufleuten zählen, bleibt ebenso unklar wie die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie unter die Vorschriften für den sog. kaufmännischen Verkehr fallen.[78] Etwas besser, aber auch nicht ganz befriedigend ist die Abgrenzungsfrage im Konsumentenschutzrecht geregelt. Hier bestehen dezentral immerhin einige Normen, die den im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelnden Unternehmer dem zum persönlichen oder familiären Gebrauch handelnden Konsumenten gegenüberstellen.[79] Teils fehlen aber auch im Konsumentenschutzrecht solche Definitionsnormen, was dann etwa im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) die umstrittene Frage aufwirft, ob für die in diesem Gesetz enthaltenen Konsumentenschutzregeln auf die ein Handeln zu privaten Zwecken voraussetzende Definition des Konsumenten in Art. 3 des Konsumkreditgesetzes (KKG) oder auf die engere und noch ein Handeln zum üblichen Verbrauch voraussetzende Definition des Konsumentenvertrages in Art. 32 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (CH-ZPO) abzustellen ist.[80]

Zum anderen besteht die Gefahr, dass der Gesetzgeber angesichts des besonderen Zwangs zur Rechtfertigung von Differenzierungen diese unterlässt und beispielsweise eine Regelung wie diejenige zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers bei Sachmängeln der Kaufsache (Art. 201 OR) ganz allgemein anstatt nur für den kaufmännischen Verkehr vorsieht. Das führt dann zu einer im schweizerischen Recht bisweilen beklagten Kommerzialisierung des allgemeinen Privatrechts, aufgrund der auch Konsumenten dem „schneidigen" Handelsrecht unterworfen werden.[81] Außerdem kann es geschehen, dass der Gesetzgeber notwendige Sonderregelungen für den Handelsverkehr unterlässt, weil er sich bei der Regelung einer Materie keine oder zu wenige Gedanken über die besonderen Bedürfnisse und Gegebenheiten des Handelsverkehrs macht. So hat der Schweizer Gesetzgeber beispielsweise keine Formerleichterungen für die kaufmännische Bürgschaft nach Art von § 350 des deutschen HGB vorgesehen.[82] Das für den kaufmännischen Verkehr charakteristische Prinzip der Entgeltlichkeit hätte wie in Art. 313 Abs. 2 OR auch in Art. 394 Abs. 3 und Art. 472 Abs. 2 OR deutlicher zum Ausdruck gebracht werden können. Offenbar hat auch im chinesischen Recht der systematisch verständliche Verzicht auf

[77] Art. 931 Abs. 1 S. 1 bzw. Art. 931 Abs. 1 S. 2 OR.

[78] Eingehend dazu *Peter Jung*, Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr?, in: Wolfgang Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2019, S. 221 ff.

[79] *Helmut Heiss*, Der Rechtsbegriff ‚Konsument', in: Helmut Heiss/Leander D. Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, S. 85 ff.

[80] Näher dazu *Peter Jung*, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), SHK-UWG, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 1 Rn. 33 ff.

[81] Kritisch *Eugen Bucher*, Der benachteiligte Käufer, SJZ 67 (1971), 1 ff.

[82] Vgl. Art. 493 OR.

ein gesondertes allgemeines Handelsrecht dazu geführt, dass die besonderen Bedürfnisse des Handelsverkehrs im Zivilgesetzbuch vernachlässigt wurden.[83]

Umgekehrt kann die Integration des Verbraucherrechts zu einer Überbetonung von Schutzaspekten führen und die Mechanik der Privatautonomie durch zu viele „Tropfen sozialistischen Öles“[84] in ihrer Funktion beeinträchtigen. Außerdem kann eine zu große Zahl sonderprivatrechtlicher Regelungen die Übersichtlichkeit des zentralen Zivilgesetzbuchs beeinträchtigen, wie das bei den größtenteils durch EU-Recht und damit von außen vorgegebenen Regelungen zum Verbraucherschutz im deutschen BGB der Fall ist.[85] Insofern empfiehlt sich die Integration nur dann, wenn der Umfang der zu integrierenden Regelungen wie im schweizerischen Recht überschaubar ist und bei der Integration autonom über die Sinnhaftigkeit und Formulierung der betreffenden Bestimmungen entschieden werden kann.

V. Verortung allgemeiner Regeln des Privat-, Schuld- und Vertragsrechts

Keizo Yamamoto hat sich in seinem Referat eingehend mit der Diskussion um die bestmögliche Platzierung allgemeiner privat-, schuld- und vertragsrechtlicher Regeln im japanischen Recht befasst. Er hat dabei insbesondere bereits zutreffend die Vor- und Nachteile einer allgemeinen Rechtsgeschäftslehre geschildert, wie sie etwa die Zivilgesetzbücher Deutschlands,[86] Japans[87] und der Volksrepublik China[88] kennen.[89]

Für die chinesische und japanische Diskussion mögen insofern noch die Erfahrungen des schweizerischen Rechts mit dem systematischen Gegenmodell von Interesse sein. So hat das schweizerische ZGB, dessen fünfter Teil formal vom Obligationenrecht (OR) gebildet wird, bekanntlich ausdrücklich auf eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre und ein allgemeines Vertragsrecht verzichtet.[90] Es folgt damit nicht dem sog. Pandektensystem, obwohl auch die Schweizer Kodifikation mit gewissen

---

[83] Siehe dazu bereits die Nachweise in Fn. 47 und Fn. 48; kritisch *Bu* (Fn. 20), S. 31.

[84] In Anlehnung an *Otto von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), Nachdruck Frankfurt/M. 1943, S. 10: „… und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern!“.

[85] Vgl. dazu auch in diesem Band den Beitrag von *Helmut Koziol*, S. 29, der das Verbraucherrecht mit einem Tsunami vergleicht, der das Privatrecht heimgesucht habe.

[86] §§ 104 bis 185 BGB.

[87] Art. 90 bis 137 japanZGB.

[88] §§ 133 bis 175 chinZGB; dazu *Bu* (Fn. 7), 190 ff.; zur gegenüber dem BGB unterschiedlichen Funktion der Rechtsgeschäftslehre im neuen chinesischen Zivilgesetzbuch *Zhu Qingyu*, (Fn. 21), S. 59 ff.

[89] Siehe dazu den Beitrag von *Keizo Yamamoto*, in diesem Band, S. 111 ff.

[90] Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904 (Fn. 40), S. 9 unter pragmatischem Hinweis auf die ansonsten notwendige Umgestaltung des Obligationenrechts und auf

Einschränkungen eine Frucht – und nach *Franz Wieacker* sogar die reifste Frucht[91] – der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts ist. Es gibt lediglich ein paar allgemeine Einleitungsvorschriften in den Art. 1 bis 9 CH-ZGB und allgemeine Bestimmungen zu den natürlichen und juristischen Personen sowie einen allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Das allgemeine Vertragsrecht wird hingegen komplett in das allgemeine Obligationenrecht integriert, wobei nur die Regelungen über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags (Art. 1 bis 40f OR) sowie die Regelungen über die Bedingungen (Art. 151 bis 157 OR) und die Konventionalstrafe (Art. 158 bis 163 OR) größere Blöcke bilden. Alle anderen allgemeinen vertragsrechtlichen Fragen wurden thematisch kleinteilig verteilt und an einem jeweils passenden Ort geregelt. So finden sich etwa die Sonderregelungen über synallagmatische Verträge unter den Marginalien „Zeit der Erfüllung“,[92] „Verzug des Schuldners“[93] und „Unmöglichwerden der Leistung“.[94] Der Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR) ist einfach in einem Abschnitt über die „Beziehungen zu dritten Personen“ geregelt. Das Schriftformerfordernis für den Zessionsvertrag findet sich im Recht der Forderungszession (Art. 165 Abs. 1 OR) wie auch der Schuldübernahmevertrag im Zusammenhang mit der Schuldübernahme geregelt ist (Art. 176 bis 180 OR). Außerdem wird an verschiedenen Stellen ausdrücklich erwähnt, dass die dispositive gesetzliche Regelung vertraglichen Modifikationen aufgrund abweichender Parteivereinbarung oder kraft der Natur des Vertrages unterliegen kann.[95] Die einzelnen Vertragsverhältnisse sind dann unter Einschluss des einfachen Gesellschaftsvertrages im Besonderen Teil des Obligationenrechts geregelt (Art. 184 bis 551 OR). Die Handelsgesellschaften und Genossenschaften werden aber schon weniger als Vertrag denn als Organisation in einer eigenen Abteilung des Obligationenrechts normiert (Art. 552 bis 926 OR).

Dem Schweizer Kodifikationsgesetzgeber ging es also nicht darum, alle allgemeingültigen Definitionen und Rechtsregeln vor die Klammer in einen abstrakten allgemeinen Teil zu ziehen. Die Rechtsinstitute sollten vielmehr möglichst umfassend dort geregelt werden, wo sie ihre hauptsächliche Bedeutung entfalten und wo man sie bei unbefangener Betrachtung am ehesten vermutet. Für den Vertrag bedeutet das zunächst einmal, dass er als Entstehungsgrund von Obligationen behandelt wird, obwohl natürlich auch dem Schweizer Juristen klar ist, dass das nicht die einzige Funktion von Verträgen ist. Der Erlassvertrag wird dann eben einfach noch als

---

die fehlenden negativen Konsequenzen des Verzichts auf einen allgemeinen Teil in den kantonalen Zivilgesetzbüchern.

[91] *Franz Wieacker* (Fn. 11), S. 491.

[92] Art. 82 OR (Einrede des nichterfüllten Vertrags) und Art. 83 OR (Einrede der Zahlungsunfähigkeit).

[93] Art. 107 bis 109 OR (Rücktritt und Schadensersatz wegen Verzugs mit einer synallagmatischen Hauptleistungspflicht).

[94] Art. 119 Abs. 2 und Abs. 3 OR (Tragung der Gegenleistungsgefahr).

[95] Siehe z. B. Art. 74 Abs. 1, 75, 81 Abs. 1, 82, 99 Abs. 2, 108 Ziff. 3, 151 Abs. 2 und 164 Abs. 1 OR.

Grund für das Erlöschen von Obligationen in Art. 115 OR geregelt, wobei selbstverständlich auch auf diesen Vertrag die Art. 1 ff. OR Anwendung finden, ohne dass es hierzu eines ausdrücklichen Verweises bedürfte. Für den Zessionsvertrag, für den nach Art. 165 Abs. 1 OR lediglich ein Schriftformerfordernis besteht, gilt Entsprechendes. Für die Verträge des Zivilgesetzbuchs findet sich in Art. 7 CH-ZGB ein noch weitergehender Verweis, wonach die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung finden. Offenbar hat auch dieser etwas nebulöse Verweis keine größeren Anwendungsprobleme hervorgerufen.[96] Dieses pragmatische Verortungsprinzip hat auch etwa dazu geführt, dass die Stellvertretung nicht Teil einer allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ist, sondern im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss geregelt wird, wo sie ihr Hauptanwendungsgebiet hat. Die Vertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften und Beschlüssen bleibt, wenn man einmal von den Bestimmungen zur vor allem institutionellen Stimmrechtsvertretung im Aktienrecht absieht,[97] schlicht ungeregelt, ohne dass man sich daran besonders stören würde.[98]

Das schweizerische Gliederungsprinzip hat den großen Vorteil erleichterter Zugänglichkeit und einer einfacheren Gesetzesstruktur.[99] So muss sich der Schweizer Jurist die allgemeinen Kernregelungen des Vertrags nicht wie im deutschen Recht auf verschiedenen Abstraktionsebenen und aus verschiedenen Regelungsbereichen[100] zusammensuchen. Aufgrund ihres geringeren Abstraktionsgrades können die Regelungen konkreter und anschaulicher formuliert werden und inhaltlich auf die Probleme zugeschnitten werden, die sie hauptsächlich betreffen. Dieser Aspekt scheint auch in der von *Keizo Yamamoto* beschriebenen japanischen Kritik an der Rechtsgeschäftslehre des Meiji-Zivilgesetzbuchs auf.[101] Die Formulierung abstrakter Rechtsregeln und die Definition von Grundbegriffen in einem allgemeinen Teil werden daher in der Schweiz zumeist schon prinzipiell abgelehnt. So konnte sich der Verfasser auch beispielsweise als Mitglied der Arbeitsgruppe, die unter dem Titel OR 2020 eine Neufassung des Allgemeinen Teils des OR entworfen hat,[102] mit Vorschlä-

---

[96] Vgl. dazu etwa *Viktor Lieber*, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 7.

[97] Art. 689 Abs. 2 bis 689e OR bzw. mit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision voraussichtlich im Jahr 2023 Art. 689b bis 689f revOR.

[98] Dazu etwa *Jean-Philippe Klein*, in: Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Stellvertretung, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32–40 OR, Rn. 47 ff.

[99] *Andreas B. Schwarz*, Das schweizerische ZGB in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950, S. 25.

[100] §§ 104 ff. BGB: Geschäftsfähigkeit, §§ 116 ff. BGB: Willenserklärung, §§ 125 ff. BGB: Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, §§ 145 ff. BGB: Vertragsschluss, §§ 164 ff. BGB: Stellvertretung, §§ 182 ff. BGB: Einwilligung und Genehmigung von Rechtsgeschäften und §§ 311 ff. BGB: Schuldverhältnisse aus Verträgen.

[101] Siehe dazu den Beitrag von *Keizo Yamamoto*, in diesem Band., S. 112 f.

[102] *Claire Huguenin/Reto M. Hilty* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020/Code des

gen für eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre sowie eine Definition des Unternehmers und der unternehmensbezogenen Geschäfte nicht durchsetzen. Über die genauen Formulierungen wurde erst gar nicht diskutiert.[103] Zum Leidwesen des Verfassers wurde dann auch noch das von ihm federführend betreute Stellvertretungsrecht in den unpassenden 6. Titel des Entwurfs „Besondere Verhältnisse bei Obligationen" verschoben.[104] Das Reformvorhaben wurde vom Gesetzgeber aber schließlich ohnehin nicht weiterverfolgt.[105]

Systematisch ist die Vorgehensweise des schweizerischen Gesetzgebers allerdings verschiedentlich unbefriedigend und führt im Einzelfall auch dazu, dass systematische Zusammenhänge übersehen werden, unklar bzw. umstritten sind oder gar contra legem hergestellt werden müssen. So fehlt im Obligationenrecht etwa eine allgemeine Regelung zur Beurkundungsbedürftigkeit der Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks nach Art des deutschen § 311b Abs. 1 BGB. Eine Spezialregelung besteht lediglich zur Beurkundungsbedürftigkeit des Grundstückskaufs (Art. 216 Abs. 1 OR). Sie fehlt aber für die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstücks in eine Personengesellschaft. Die Regelungslücke wird nicht durch eine Analogie zum Kaufrecht, sondern durch einen Rückgriff auf Art. 657 Abs. 1 CH-ZGB geschlossen,[106] der im Immobiliarsachenrecht den Vertrag auf Eigentumsübertragung der öffentlichen Beurkundung unterstellt, auch wenn die systematische Stellung der Vorschrift im Sachenrecht darauf hindeutet, dass die Vorschrift nicht das Verpflichtungsgeschäft im Auge hat. Hier wäre eine allgemeine vertragsrechtliche Regelung im Kontext der Art. 11 ff. OR vorzuziehen. Dann wäre auch klar, dass das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung richtigerweise den gesamten Gesellschaftsvertrag und nicht nur die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstücks betrifft.[107]

---

obligations suisse 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil: OR 2020, Zürich 2013; dazu kritisch *Heinrich Honsell*, Kritische Bemerkungen zum Obligationenrecht 2020, SJZ 2013, 457 ff. und *Bruno Schmidlin*, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 2015, 25 ff.; dazu aus rechtsvergleichender Sicht *Jan Dirk Harke/Karl Riesenhuber (Hrsg.)*, OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen 2016.

[103] In der abschließenden Publikation mit der Kommentierung des Entwurfs für ein Obligationenrecht 2020 (Fn. 102) wird auf einen möglichen Allgemeinen Teil mit einer Rechtsgeschäftslehre auch mit keinem Wort eingegangen.

[104] Kritisch daher auch in der Kommentierung der vorgeschlagenen Neuregelung *Peter Jung*, Art. 187–197 OR 2020 (Stellvertretungsrecht), in: Hilty/Huguenin (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 (Fn. 102), Vor Art. 187.

[105] Siehe dazu den Bericht des Bundesrates vom 31. Januar 2018 in Erfüllung der Postulate 13.3217 (*Pirmin Bischof*) und 13.3226 (*Andrea Caroni*) „Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts".

[106] Siehe nur *Arthur Meier-Hayoz*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Sachenrecht, Art. 657 ZGB Rn. 30.

[107] Kritisch zu der von der h. M. befürworteten Einschränkung des Beurkundungserforder-

Aus Sicht des Verfassers ist es daher durchaus zu wünschen, dass sich eine Kodifikation nicht nur mit einer geordneten Präsentation von Spezialregelungen begnügt, sondern allgemeingültige Begriffe und Prinzipien regelungstechnisch vor die Klammer zieht, um eine minimale dogmatische Grundordnung zu schaffen und Wiederholungen zu vermeiden. Dabei muss es sich auch im Allgemeinen Teil nicht nur um Bestimmungen handeln, die eine Relevanz für *alle* im Kodex geregelten Materien aufweisen, sofern wie etwa beim Begriff des Unternehmers oder den Regelungen zu den juristischen Personen eine übergreifende Bedeutung für das Privatrecht vorhanden ist.[108]

Schon *Gustav Hugo* hat allerdings davor gewarnt, dass es ein „sehr gewöhnlicher Fehler" sei, „daß man diesen allgemeinen Theil gar zu reichhaltig machen will".[109] Insofern sollte man sich auf ein paar Kernregelungen beschränken. Beginnen könnte das Gesetzbuch mit Grundsätzen der Rechtsanwendung, wie sie etwa das ABGB[110] und das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China[111] kennen. Ferner sollten die für eine Einheitskodifikation zentralen Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers wie im deutschen BGB[112] definiert werden. Mit ihnen kann den unter 4. für das schweizerische Recht beschriebenen Problemen einer Abgrenzung der handels- und verbraucherschutzrechtlichen Normen von den übrigen privatrechtlichen Regelungen begegnet werden. Selbst eine nicht völlig geglückte und damit durchaus „gefährliche"[113] Definition ist besser als gar keine, weil sie die notwendigen Diskussionen hervorruft, zentralisiert und kanalisiert und so entscheidend zur Rechtssicherheit und Gleichbehandlung beiträgt. Allgemeine Rechtsgrundsätze wie das Rechtsmissbrauchsverbot und der Grundsatz von Treu und Glauben sollten in einem allgemeinen Teil ebenso Platz finden wie generelle Regelungen zu den juristischen Personen. Hier sind beispielsweise das chinesische[114] und das schweizerische[115] Zivilgesetzbuch Vorbilder. Dabei muss und sollte aus Gründen der Vereinfachung und Übersichtlichkeit das Klammerprinzip nicht lupenrein durchgeführt werden. Sinnvollerweise sollte sich die Regelung im allgemeinen Teil zunächst am jeweiligen Hauptanwendungsfall orientieren, d.h. beispielsweise im Recht der juristischen Personen an der Körperschaft und in der Rechtsgeschäftslehre am Vertrag, und nicht nur Re-

---

nisses auf die Einbringungsverpflichtung (sog. Illationsvertrag) *Peter Jung*, in: Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, § 2 Rn. 40 mit Fn. 69.

[108] In der chinesischen Rechtswissenschaft werden offenbar teilweise höhere Anforderungen an taugliche Inhalte eines allgemeinen Teils gestellt; dazu *Bu* (Fn. 20), S. 13 mit Nachweisen.

[109] *Gustav Hugo*, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Bd. IV, 7. Aufl., Berlin 1826, S. 18.

[110] §§ 1 bis 14 ABGB.

[111] §§ 1 bis 12 chinZGB.

[112] §§ 13, 14 BGB.

[113] Vgl. dazu Dig. 50.17.202 (Iavolenus): „Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset".

[114] §§ 57 ff. chinZGB.

[115] Art. 52 ff. CH-ZGB.

gelungen enthalten, die *allen* juristischen Personen bzw. Rechtsgeschäften eigen sind. So wird man in einen allgemeinen Teil des Rechts der juristischen Personen auch eine Regelung zum Durchgriff auf unternehmerisch an Körperschaften beteiligte Gesellschafter aufnehmen können,[116] auch wenn eine solche Regelung für die Stiftung keine Bedeutung hat und damit strenggenommen nur in einen allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts, nicht jedoch in ein allgemeines Recht der juristischen Personen gehört. Auch in der Rechtsgeschäftslehre sollte man nicht nur die allen Rechtsgeschäften gemeinsamen Regelungen wiedergeben, sondern sich grundsätzlich am Vertrag als dem Hauptfall orientieren und dann wie etwa in § 180 BGB gleich an der jeweils einschlägigen Stelle die Besonderheiten von einseitigen (empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen) Rechtsgeschäften, Beschlüssen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen thematisieren. Auf der anderen Seite sollten die Detailregelungen über Vereine und Stiftungen nicht wie im BGB in einem allgemeinen Teil, sondern im Gesellschaftsrecht bzw. in einem Sondergesetz platziert werden. Das gilt auch für die wenigen Sonderregelungen betreffend synallagmatische Verträge bzw. Hauptleistungspflichten, die wie im schweizerischen Recht problemlos im allgemeinen Schuldrecht untergebracht werden können.

Fragwürdig ist die mit dem Verzicht auf ein allgemeines Schuldrecht verbundene Verallgemeinerung vertragsrechtlicher Regelungen durch § 468 chinZGB und die verstreute Platzierung allgemeiner schuldrechtlicher Regelungen im Vertragsrecht (z. B. §§ 514 ff. chinZGB). Dieses Vorgehen erschwert die Identifizierung und Auffindung allgemeiner Schuldrechtsprinzipien.[117]

VI. Schlussbemerkung

Ein Zivilgesetzbuch wird zumindest in der heutigen Zeit nicht aus dem Nichts geschaffen. Das gilt erst recht für grundlegende Revisionen dieser Gesetzbücher. So wird die Struktur des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik China durch die zuvor bestehenden Einzelgesetze geprägt. Insofern waren die Entscheidungen für einen

---

[116] Solche Regelungen finden sich etwa im chinesischen (Art. 20 Abs. 3 Kapitalgesellschaftsgesetz der Volksrepublik China; in englischer Sprache auf dem Stand der Revision von 2018 abrufbar unter: <http://ghiplegal.com/static/frontend/img/pdf/company_law_en.pdf>) und argentinischen (Art. 54 Abs. 3 Ley de Sociedades Comerciales; <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>) Gesellschaftsrecht; zum Durchgriff auf unternehmerisch beteiligte Gesellschafter im deutschen Recht eingehend *Peter Jung*, Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002; zur Schwierigkeit einer allgemeinen gesetzlichen Regelung *Peter Jung*, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht – Die Aktiengesellschaft, Bd. 1, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 620 OR Rn. 212.

[117] Kritisch auch *Su Yeong-Chin*, Bewertung des Zivilgesetzbuches Festlandchinas aus Sicht der Kodifikationslehre, in: Bu (Hrsg.), Das chinesische Zivilgesetzbuch – Gesamtstruktur und Einzelfragen, Baden-Baden 2022, S. 90 f. und *Bu* (Fn. 20), S. 18 f.

allgemeinen Teil im Anschluss an das Gesetz über die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts vom 12. April 1986 und für ein allgemeines Vertragsrecht im Anschluss an das Vertragsgesetz vom 15. März 1999 vorgespurt.[118] Der geringe Systematisierungsgrad der chinesischen Kodifikation[119] lässt sich ebenfalls mit der Zusammenführung von Gesetzen erklären, die zuvor ein Eigenleben geführt hatten. Auch in Japan trugen die Gegner einer allgemeinen Rechtsgeschäftslehre im Zuge der Reform des Schuldrechts die Begründungslast.[120]

Die Beharrungskräfte sind mit Recht stark.[121] Eine reife Rechtsordnung hat nämlich im Laufe der Zeit gelernt, mit den strukturellen Unzulänglichkeiten der eigenen Zivilrechtskodifikation in der Rechtslehre und -praxis umzugehen.[122] Die zur Verfügung stehenden Alternativen sind zudem ihrerseits nicht frei von Problemen.[123] Der Nutzen von Strukturreformen ist daher begrenzt. So steht auch in der Schweiz anders als in China[124] eine Zusammenführung von Schuld- und Sachenrecht in einem einheitlichen Vermögensrecht nach niederländischem Vorbild nicht zur Debatte. Ebenso wenig wird über die das japanische und koreanische Recht[125] kennzeichnende Zusammenführung der allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen in einem vom allgemeinen Schuldrecht abgesonderten Abschnitt des Obligationenrechts nachgedacht.[126]

Inhaltlich werden Reformprojekte zumeist mit einem Modernisierungsbedarf gerechtfertigt, wie dies auch im Zuge der japanischen Schuldrechtsreform durch das Justizministerium geschehen ist.[127] Der Modernisierungsbedarf wird dabei aber regelmäßig überschätzt, auch wenn die Regelungen des Schuldrechts teilweise jahrhundertealt sind. Wurden sie abstrakt und unabhängig von technologischen, ideologischen oder gesellschaftlichen Gegebenheiten sowie auf der Grundlage allgemeiner Prinzipien formuliert, sind sie in aller Regel hinreichend anpassungsfähig. Allenfalls sind Verbesserungen der Rechtsregeln in einzelnen Bereichen anzustreben, wie es

---

[118] Anschaulich spricht *Xue Jun*, in diesem Band, S. 47, von einem „Tanz in Fesseln".

[119] Dazu *Bu* (Fn. 20), S. 14 mit Nachweisen.

[120] Siehe dazu den Beitrag von *Keizo Yamamoto*, in diesem Band, S. 114.

[121] Vgl. dazu auch die Ablehnung des OR 2020-Entwurfs durch *Heinrich Honsell* (Fn. 102).

[122] Vgl. dazu auch *Armin Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/1, 1925, S. 33, wonach die Gesetze von Jahr zu Jahr besser würden, weil ihre Mängel unter dem Zauberstabe der Praxis schwinden würden.

[123] Siehe dazu unter 3.

[124] Vgl. dazu in diesem Band den Beitrag von *Su Yeong-Chin*, S. 25, der das Vermögensrecht stattdessen in privatautonom und gesetzlich begründete Rechtsverhältnisse unterteilen möchte; skeptisch *Bu* (Fn. 20), S. 15 f.

[125] Dazu *Keizo Yamamoto*, in diesem Band, S. 117 f.

[126] In der abschließenden Publikation mit der Kommentierung des Entwurfs für ein Obligationenrecht 2020 (Fn. 102) wird auf einen möglichen allgemeinen Teil des Vertragsrechts mit keinem Wort eingegangen.

[127] *Marc Dernauer* (Fn. 17), 38 mit Nachweisen in Fn. 13.

etwa in Japan,[128] Deutschland,[129] Frankreich[130] und teilweise auch in der Schweiz[131] im Verjährungsrecht geschehen ist. Wird das Privatrecht zum Spielball ideologischer Auseinandersetzungen, können bei politischen Richtungswechseln freilich auch größere Reformen angezeigt sein. So mussten etwa allgemeine Regelungen des Schuldrechts erst wieder geschaffen und in das Vertragsrecht integriert werden, nachdem das Schuldrecht in der Volksrepublik China in den 1970er Jahren als ein kapitalistisches Rechtskonzept aus dem Privatrecht verbannt worden war.[132]

Insofern scheint es von außen betrachtet richtig, dass der japanische Gesetzgeber auf eine grundlegende Reform des Vertrags- und Schuldrechts verzichtet und insbesondere die Struktur des Zivilgesetzbuchs unangetastet gelassen hat. Die in der Volksrepublik China grundsätzlich à droit constant[133] und ohne besonderen Systematisierungsehrgeiz vorgenommene Zusammenführung von acht Einzelgesetzen in einem einzigen Kodex[134] ist hingegen weder Fisch noch Fleisch. Der Umstellungsaufwand ist zwar weitgehend lediglich formaler Natur, doch steht ihm auch nur ein geringer Gewinn an Zugänglichkeit der privatrechtlichen Regelungen gegenüber, die sich teilweise auch immer noch verstreut in Sondergesetzen befinden. So wird auf die zivilrechtlichen Sonderregelungen zum Schutz bestimmter Personen (v.a. Verbraucher) auch nur in genereller Form verwiesen (§ 128 chinZGB).

Noch problematischer ist es, wenn eine Reform in die dogmatische Grundstruktur einer Kodifikation eingreift, wie dies bei der Anfang 2002 in Kraft getretenen deutschen Schuldrechtsmodernisierung der Fall gewesen ist. Für diese Reform bestand immerhin in Gestalt der notwendigen und schwierigen Umsetzung von EU-Richtlinien – insbesondere der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[135] – ein äußerer Anlass. Ansonsten wären die erheblichen Verwerfungen im deutschen Schuldrecht, zu denen die Reform geführt hat, nicht zu rechtfertigen gewesen. So erinnert sich der Verfas-

---

[128] Art. 144 bis 174-2 japanZGB; zur Reform in deutscher Sprache *Yohei Nagata*, Die Verjährung im japanischen Zivilrecht und ihre Reform – Vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, Tübingen 2017, S. 157 ff.; dazu rechtsvergleichend *Oliver Remien*, Internationale Reformen des Verjährungsrechts und die japanische Neuregelung in den Artikeln 144 ff. *Minpō* 2020, ZJapanR Nr. 47 (2019), 231 ff.

[129] Dazu nur *Reinhard Zimmermann*, The New German Law of Prescription and Chapter 14 of the Principles of European Contract Law, in: Zimmermann (Hrsg.), The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives, Oxford 2005, S. 122 ff.

[130] Dazu nur *François-Xavier Licari*, Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Louisiane, Allemagne, Israël), Revue internationale de droit comparé (RIDC) 2009, 739 ff.

[131] Dazu nur *Walter Fellmann*, Entstehung des neuen Verjährungsrechts und Überblick, in: Fellmann et al. (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Bern 2019, S. 1 ff.

[132] Dazu *Bu* (Fn. 20), S. 17 f.

[133] Inhaltliche Änderungen finden sich v.a. im Vertragsrecht und Kreditsicherungsrecht; dazu *Bu* (Fn. 20), S. 22 ff.

[134] *Bu* (Fn. 20), S. 11.

[135] Richtlinie 1999/44/EG (Fn. 45).

ser noch gut an seine ersten problembeladenen Versuche, das neue Schuldrecht als Lehrstuhlvertreter an der Universität Heidelberg allein auf der Basis der Gesetzgebungsmaterialien zu unterrichten. In einer großen, streitfreudigen und schreibfreudigen Rechtsordnung wie der deutschen mag ein reformatorischer Kahlschlag vergleichsweise rasch überwunden werden können. In der Schweiz wäre das aber beispielsweise nicht der Fall. Dort können bis zur Neuauflage einer Großkommentierung auch schon einmal mehrere Jahrzehnte vergehen und zu einer zentralen Streitfrage auch nach hundert Jahren noch keine höchstrichterlichen Judikate vorliegen. Eine grundlegende Reform des Zivilgesetzbuchs müsste daher in der Schweiz als juristische Katastrophe gelten. Auch ansonsten sollte sie wohl bedacht werden.

Systemfragen des Zivilrechts

(Zugleich Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Keizo Yamamoto)

*Christoph A. Kern**

I. Einleitung

Wer eine Rechtsregel formuliert, will beim Vorliegen eines Sachverhalts, der den Tatbestand der Regel erfüllt, die in der Regel vorgesehene Rechtsfolge zur Anwendung bringen. Die Formulierung der Rechtsregel kann dabei für den zu beurteilenden Einzelfall erfolgen und offenlassen, ob sie in anderen, gleich gelagerten Fällen ebenso zur Anwendung kommt, oder von vornherein für alle künftigen, den Tatbestand erfüllenden Sachverhalte gelten wollen. Letzteres ist dabei in einer modernen Rechtsordnung, die sich der Gleichbehandlung verpflichtet sieht, der Normalfall. Auf diesem Geltungswillen beruht letztlich die Trennung des Rechts von Rechtsanwender und Rechtsunterworfenem und die Bedeutung des Rechts überhaupt.

Je komplexer die Lebenswirklichkeit ist, desto wichtiger sind im Voraus feststehende Regeln. Sobald aber mehr als eine Regel existiert, tritt die Frage nach deren Verhältnis zueinander und zur Lebenswirklichkeit, also die Frage nach deren Ordnung auf. Mit der Frage nach der Ordnung wiederum verbindet sich im Moment der Niederschrift von Regeln die Frage nach der Anordnung, die ihrerseits etwas über die Ordnung der Regeln aussagen kann, aber nicht muss. Es ist deshalb nahezu eine

---

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Prozessrecht sowie Ko-Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg habilitiert und verdankt die Berührung mit dem Recht Asiens seiner alma mater und seinem hochverehrten akademischen Lehrer *Rolf Stürner*.

Eigengesetzlichkeit, dass mit jeder umfassenden Neuschaffung und Neuordnung von Rechtsregeln die Frage nach dem System gestellt und diskutiert wird.

Aktueller Anlass für eine solche Diskussion ist die Kodifikation des chinesischen Zivilrechts von 2020,[1] die nicht nur bekannten, sondern auch neuen Ordnungs- und Anordnungsmustern folgt. Nicht übersehen werden dürfen aber auch andere jüngere Reformen oder Reformvorschläge bestehender Kodifikationen, die ebenfalls Fragen nach der richtigen Ordnung und Anordnung aufgeworfen haben, so etwa die japanische Schuldrechtsreform von 2017,[2] die Reform des französischen Code civil von 2016,[3] der Entwurf eines „Obligationenrechts 2020" in der Schweiz[4] und nicht zuletzt die Umsetzung europarechtlicher Richtlinien etwa im deutschen BGB.[5]

Die Frage nach der Ordnung und Anordnung rechtlicher Regeln kann als Systemfrage angesehen werden. Ist mit Bezug auf das Recht von System und systematischem Denken die Rede, wird freilich oft nicht nur die Ordnung und Anordnung rechtlicher Regeln, sondern auch der Umgang mit diesen Regeln, insbesondere die Errichtung gedanklicher Systeme auf ihrer Grundlage, erörtert. Man kann daher von

---

[1] Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China vom 28. Mai 2020, in Kraft getreten am 1. Januar 2021, deutsche Übersetzung von *Ding Yijie/Peter Leibküchler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.

[2] In Kraft getreten am 1. April 2020, deutsche Übersetzung von *Keizo Yamamoto/Gabriele Koziol*, Das reformierte japanische Schuldrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; Überblick bei *Keizo Yamamoto*, Einordnung des Vertragsrechts im System des Zivilgesetzbuchs, in diesem Band, unter sub I.3.b.

[3] Ordonnance n° 2016-131 vom 10. Februar 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, in Kraft getreten am 1. Oktober 2016; Überblicke bei *Hans Jürgen Sonnenberger*, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, Erster Teil: Quellen der Schuldverhältnisse, ZEuP 2017, 6 und Zweiter Teil: Allgemeine Vorschriften, régime général, und Beweis, preuve, der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten, ZEuP 2017, 778.

[4] Claire Huguenin/Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil: OR 2020, Zürich: Schulthess 2013; kritisch etwa *Heinrich Honsell*, Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ 109 (2013) 457; *Bruno Schmidlin*, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111 (2015), 25. Für einen vergleichenden Überblick aus deutscher Perspektive *Christoph A. Kern/Nicole Jasmin Bettinger*, Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP 22 (2014) 562; weiter den Band von Jan Dirk Harke/Karl Riesenhuber (Hrsg.), OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen: Mohr Siebeck 2016.

[5] Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25. Juni 2021, BGBl. I, S. 2123; Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25. Juni 2021, BGBl. I, S. 2133; Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3433; Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union […] vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3483.

einem äußeren, formellen und einem inneren, materiellen System sprechen.[6] Dabei stehen diese Systeme nicht beziehungslos nebeneinander; materielles Systemdenken beeinflusst das formelle System ebenso wie das formelle System das materielle. Es lohnt daher ein Blick auf materielle Systemfragen, bevor über formelle Systemfragen nachgedacht wird.

II. Materielle Systemfragen

1. Recht und System

Der Systembegriff begegnet im Recht in unterschiedlichem Gewand. Teilweise wird von Rechtssystemen als Synonym für Rechtsfamilien gesprochen, prominent etwa im bekannten Rechtsvergleichungslehrbuch von *René David*.[7] Diese Terminologie geht davon aus, dass die in den verschiedenen Rechtsfamilien zusammengefassten Rechtsordnungen jeweils ein System teilen. Zugleich wird allen oder jedenfalls den als System bezeichneten Rechtsfamilien die Systemqualität attestiert.[8]

Meist wird der Systembegriff indes enger verstanden. Ein System wird hier mit den Ideen der Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in Verbindung gebracht,[9] die wiederum Deduktion oder doch jedenfalls „systematisches" Argumentieren erlauben. Danach wären Systeme nur Rechtsordnungen, die von dem Gedanken ausgehen, dass sich für jeden erdenklichen Fall eine Rechtsregel aus den bislang bekannten Rechtsregeln oder aus der ihnen zugrunde liegenden Struktur, den ihnen zugrunde liegenden Wertungen, ableiten lasse. Typischerweise wird dieser Gedanke dann mit den Rechtsordnungen des Civil Law in Verbindung gebracht, während den Rechtsordnungen des Common Law ein derartiger Systemcharakter abgesprochen wird.

Die jüngere Methodenlehre hat sich indes von formal-logischen Ansätzen distanziert und die Notwendigkeit von Wertungen betont.[10] Ebenso hat die jüngere Rechts-

---

[6] S. nur *Karl Riesenhuber*, English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches, 7(1) Utrecht L. Rev. 117, 118 (2011).

[7] *René David*, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris: Dalloz 1964; s. schon zuvor *ders.*, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1950, S. 222 ff.; zuvor etwa schon *John Henry Wigmore*, A Panorama of the World's Legal Systems, Saint Paul: West 1928; weiter etwa Herbert M. Kritzer (Hrsg.), Legal Systems of the World, Santa Barbara: ABC CLIO 2002.

[8] So auch mit besonderem Blick auf das englische Recht *Clive M. Schmitthoff*, Systemdenken und Fallrecht in der Entwicklung des englischen Privatrechts, JZ 1967, 1; kritisch *H. Patrick Glenn*, Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions, 50 McGill L.J. 863 (2005).

[9] In diesem Sinne insbesondere *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1983, S. 11 ff.

[10] S. nochmals *Canaris* (Fn. 9), S. 40 ff.

vergleichung die früher sehr pointiert formulierte Gegenüberstellung von Civil Law und Common Law relativiert.[11] Verwiesen wird auf die zunehmende Dichte von Gesetzesrecht in den Ländern des Common Law und die zunehmende Fülle höchstgerichtlicher Entscheidungen in den Ländern des Civil Law, die zumindest eine *persuasive authority* genießen;[12] auch wird verwiesen auf die in manchen Bereichen wie dem traditionellen englischen Grundstücksrecht anzutreffende geradezu extreme Systemstrenge.

Ob diese begrüßenswerte Wende der Methodenlehre sowie die an sich zutreffenden rechtsvergleichenden Beobachtungen in der Frage nach dem Systemcharakter weiterhelfen, soll hier nicht weiter vertieft werden. Denn jedenfalls erscheint die Annahme verfehlt, das Recht könne ein vollkommen geschlossenes System bilden. Geschlossene Systeme mögen in einer Modellwelt möglich sein, die alle störenden Einflüsse ausblenden kann. Genauso, wie die Naturwissenschaften immer wieder Systeme verwerfen müssen, da sie in Grenzfällen von der Wirklichkeit falsifiziert werden, kann aber auch das Recht nicht gegenüber der Wirklichkeit hermetisch abgeschlossen sein. Denn auch das Recht ist auf die Wirklichkeit bezogen. Es unterliegt laufend systemfremden, oft systemfeindlichen Einflüssen. Freilich darf man sich bei der Identifizierung solcher systemfremder oder gar systemfeindlicher Einflüsse nicht mit einem Hinweis auf den naturwissenschaftlichen Fortschritt begnügen. Denn die systemfremden oder systemfeindlichen Einflüsse haben ihren Ursprung nicht allein darin, dass rechtliche Lösungen für neue Fragen gefunden werden müssen – ein geschlossenes System würde hierauf Antworten gerade finden können. Ebenso wenig entwertet technischer Fortschritt, der neue Möglichkeiten eröffnet, stets ein unter anderen früheren Rahmenbedingungen entwickeltes System, mag dieses ursprünglich seine Rechtfertigung auch aus dem Fehlen technischer Alternativen gezogen haben. Auch sind es nicht allein internationale und supranationale Regelungen, die ohne Rücksicht auf das bestehende nationale System entstanden sind und nunmehr integriert werden müssen. Die größte Herausforderung sind vielmehr sich wandelnde Gerechtigkeitsvorstellungen, die es notwendig machen, sicher geglaubte Positionen ständig zu überdenken und gegebenenfalls zu revidieren;[13] ein starres System kann das Recht also auch dort nicht errichten, wo es im rein Äußerlichen keine Veränderungen gibt. Dies gilt sowohl für die Rechtsordnungen des Civil Law als auch die

---

[11] S. etwa *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996, S. 253: „Freilich ist hier sogleich ein Wort der Warnung am Platze. […]"; *Riesenhuber* (Fn. 6), S. 122 ff.; *Schmitthoff* (Fn. 8), S. 3 ff.

[12] Hierzu m.w.N. etwa *Christoph A. Kern*, The Respect for Court Decisions in German Law, in: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes/Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), O Processo em Perspectiva, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 2013, S. 131 ff.

[13] Anders freilich der (verfassungsrechtliche) „originalism" etwa eines Antonin Scalia, dazu nur *Ronald Dworkin*, The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve, 65 Fordham L. Rev. 1249 (1997).

Rechtsordnungen des Common Law. Auch die Rechtsordnungen des Civil Law können daher, wollen sie nicht an der Wirklichkeit vorbeigehen und so ihre Akzeptanz verlieren, keine vollständig geschlossenen Systeme sein.

Es sind aber keineswegs nur äußere Einflüsse, derentwegen das Recht kein vollständig geschlossenes System darstellt. Auch ohne solche Störungen gibt es wohl keine Rechtsordnung, die logisch-technisch perfekt wäre. Vielmehr begegnen immer wieder Brüche, Widersprüche, Paradoxien.[14] Die Funktionsfähigkeit des Rechts stören diese Unstimmigkeiten indes nur dann, wenn hierdurch Regeln nicht mehr vorhersehbar oder nachvollziehbar, nicht mehr verständlich und befolgbar sind. Rein tatsächlich scheint dies in etablierten Rechten nur ausnahmsweise vorzukommen; meist betreffen die Unstimmigkeiten Randbereiche oder ergeben sich beim Vergleich von Regelungen, die unterschiedliche Lebensbereiche im Blick haben; in der Praxis haben die Unstimmigkeiten also kaum je Auswirkungen. Für die alltägliche Rechtsanwendung reicht das System trotz seiner Unstimmigkeiten meist aus; auf ihm kann in den Worten *Rolf Stürners* die „Gebrauchsdogmatik" errichtet werden.[15] Ein gänzlich widerspruchsfreies Rechtssystem ist eine Utopie. Welcher Aufwand zur Beseitigung von Widersprüchen getrieben wird, ist nicht nur eine ökonomische, sondern letztlich auch eine kulturelle Frage; auf individueller Ebene muss sie jede Juristin und jeder Jurist für sich beantworten.

2. Kodifikation und System

Auch wenn alle Rechtsordnungen somit nur als offene Systeme funktionsfähig sein können und stets Brüche aufweisen werden, gibt es doch einen guten Grund, gerade die Rechtsordnungen des Civil Law mit einem Systemdenken im ganz allgemeinen, nicht systemtheoretischen Sinn zu assoziieren. Denn diese Rechtsordnungen zeichnen sich traditionellerweise dadurch aus, dass in ihnen weite Bereiche des Rechts – und nicht bloß einzelne Inseln[16] – von abstrakt-generell formulierten Gesetzen beherrscht werden, die ihrerseits nicht nur Einzelfragen, sondern ganze Lebensbereiche zum Gegenstand haben, also aus einer Vielzahl von Einzelregelungen bestehen, und den Anspruch einer Vollregelung erheben.

Wie schon diese Überlegungen andeuten, gilt es auch hier wieder, vorschnelle Schlüsse zu vermeiden. So dürfte es verfehlt sein, das Systemdenken in den Rechts-

---

[14] S. beispielsweise *Roman Guski*, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, passim, insbes. S. 16 ff., 169 ff.

[15] *Rolf Stürner*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10, 11; *ders.*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), 7, 13; vgl. auch den Bericht über einen Vortrag *Stürners* von *Berrit Roth-Mingram*, ZChinR 2014, 387; dieser Terminologie folgend u. a. *Peter A. Windel*, Ist das rechtsdogmatische Zeitalter vorbei?, AnwBl Online 2019, 447, 450; *Jan Vranken*, Exciting Times for Legal Scholarship, Law & Method 2012(2) 2, 42, 44.

[16] Zu solchen Inseln im englischen Handelsrecht, aber auch den verbleibenden Unterschieden zu einer kontinentaleuropäischen Kodifikation, *Schmitthoff* (Fn. 8), S. 1.

ordnungen des Civil Law auf das pure Vorhandensein abstrakt-genereller Regeln im dortigen Gesetzesrecht oder auf die größere Zahl abstrakt-genereller Regeln zu stützen. Denn abstrakt-generelle Regeln werden auch in den Rechtsordnungen des Common Law formuliert. Dies ist evident, soweit dort ebenfalls Gesetzesrecht gilt. Es trifft aber auch auf die dem Fallrecht überlassenen Rechtsbereiche zu. Denn im Fallrecht stehen die einzelnen Entscheidungen bekanntlich nicht völlig losgelöst nebeneinander, sondern beeinflusst die *ratio decidendi* früher entschiedener Fälle die Lösung späterer Fälle, und dies über den Grundsatz des *stare decisis* in einer Form, die geschriebenem Recht an Bindungswirkung und mithin an Regelhaftigkeit keineswegs nachsteht.[17] Die *ratio decidendi* ist nun aber gerade der tragende Grund und damit die abstrakt-generelle Regel, die einem früher entschiedenen Fall entnommen werden kann.[18] Da heute dort, wo es kein geschriebenes Recht gibt, typischerweise reiches Fallmaterial vorhanden ist, wird man nicht generell sagen können, dass im Common Law weniger abstrakt-generelle Regeln vorhanden seien. Allerdings sind diese abstrakt-generellen Regeln deutlich schwieriger zugänglich, müssen sie doch aus dem Fallmaterial in mühsamer und mit Unsicherheit behafteter Feststellung der *ratio decidendi* herausdestilliert werden.[19] Es ist also – über die bekannte Abneigung der Angelsachsen gegenüber allem Abstrakten, Fiktiven und Logischen hinaus[20] – auch aus rein praktischen Gründen verständlich, dass ein Denken in großen systematischen Zusammenhängen im Fallrecht weniger stattfindet.

---

[17] Exemplarisch für einen sehr strengen Ansatz *Buckley L.J.* in Produce Brokers Co. Ltd v. Olympia Oil & Cake Ltd [1915] 21 Com. Cas. 320, 322: „I am unable to adduce any reason to show that the decision which I am about to pronounce is right – but I am bound by authority which of course it is my duty to follow."; allgemein *P.J. Evans*, The Status of Rules of Precedent [1982] 41 (1) Cambridge Law Journal 162.

[18] Explizit *Schmitthoff* (Fn. 8), S. 2; freilich wird nicht jeder Common Lawyer die *ratio decidendi* als abstrakt-generelle Regel begreifen wollen, allerdings wird sie oft als „principle" bezeichnet, so etwa *John Salmond*, Jurisprudence, 7. Aufl., London: Sweet & Maxwell 1924. S. 201.

[19] Zur Schwierigkeit der Feststellung vgl. nur *Arthur L. Goodhart*, Determining the Ratio Decidendi of a Case, 40 Yale L:J. 161 (1930) sowie die Debatte zwischen *J.L. Montrose*, Ratio Decidendi and the House of Lords (1957) 20 M.L.R. 124; *A.W.B. Simpson*, The Ratio Decidendi of a Case (1957) 20 M.L.R. 413; *J.L. Montrose*, The Ratio Decidendi of a Case (1957) 20 M.L.R. 587; *A.W.B. Simpson*, The Ratio Decidendi of a Case (1958) 21 M.L.R. 155 und schließlich wieder *A.L. Goodhart*, The Ratio Decidendi of a Case, 22 M.L.R. 117 (1959); zur Einordnung dieser Debatte interessant *Robert G. Scofield*, Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi from Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century (2005) 16 King's College Law Journal 311.

[20] Allgemein Bishop *Creighton*, zitiert bei *William Ralph Inge*, England, London: Benn 1926: „The Englishman not only has no ideas; he hates an idea when he meets one"; für den Juristen des Common Law *Roscoe Pound*, What is the Common Law, 4 U. Chi. L. Rev. 176, 186f. (1937): „For behind the characteristic doctrines and ideas and technique of the common-law lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind which habitually looks at things in the concrete, not in the abstract; which puts its faith in experience rather than in ab-

Selbst dort, wo im Common Law Gesetzesrecht gilt, wird dieses traditionellerweise eng ausgelegt.[21] Damit ist die Deduktion von Regeln für nicht ausdrücklich erfasste Fälle zumindest erschwert, eine Systembildung ohne großen Nutzen. Demgegenüber kann in den Rechtsordnungen des Civil Law Gesetzesrecht, welches den Anspruch erhebt, einen Lebensbereich vollständig zu erfassen, als Grundlage für ein System dienen, aus welchem neue, nicht ausdrücklich formulierte Regeln abgeleitet werden. Die Systembildung lohnt also. Damit ist zugleich festgehalten, dass nicht das Gesetzesrecht überhaupt, sondern ein Gesetzesrecht mit umfassendem Anspruch gemeint sein muss, wenn man die „kodifizierten" Rechtsordnungen des Civil Law mit dem Systemdenken assoziiert. Mit „Kodifikation" ist in diesem Zusammenhang somit nur ein Gesetz gemeint, das der Systembildung zugänglich ist, also nicht von vornherein punktuell wirken oder lediglich bestehendes, unübersichtlich gewordenes Fallrecht ersetzen will.[22]

III. Formelle Systemfragen

1. Kodifikatorische Ordnung im Allgemeinen

Eine Mehrheit rechtlicher Regeln muss, wenn sie festgehalten werden soll, in irgendeiner Form angeordnet werden. Da rechtliche Regeln Menschen zum Adressaten haben und daher typischerweise in Form von Sprache vorliegen, besteht die Festhaltung in einer später wieder lesbaren Niederschrift. Die Niederschrift wiederum impliziert, dass die Regeln nacheinander aufgeführt werden, also eine Regel auf die andere folgt. Die Notwendigkeit einer solchen Anordnung eröffnet zugleich die Möglichkeit, über die Mitteilung der einzelnen Regeln hinaus auch durch ihre Anordnung bestimmte Zwecke zu verfolgen.

Dabei liegt nahe, dass derjenige, welcher die Regeln anordnet, den Zweck verfolgt, dass die Regeln auch zur Anwendung kommen. Dies setzt voraus, dass die Regeln ohne allzu großen Aufwand aufgefunden werden können. Neben diesem typischen

---

stractions. It is a frame of mind which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case or that case to the next case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to refer everything back to supposed universals. It is a frame of mind which is not ambitious to deduce the decision for the case in hand from a proposition formulated universally, as like as not by one who had never conceived of the problem by which the tribunal is confronted. It is the frame of mind behind the sure-footed Anglo-Saxon habit of dealing with things as they arise instead of anticipating them by abstract universal formulas."

[21] S. nur *Harlan Fiske Stone*, The Common Law in the United States, in: The Future of the Common Law, Cambridge Mass.: Harvard 1937, S. 10, 133: „The statute was looked upon as in the law but not of it, a formal rule to be obeyed, it is true, since it is the command of the sovereign, but to be obeyed grudgingly, by construing it narrowly and treating it as though it did not exist for any purpose other than that embraced within the strict construction of its words."

[22] Zum zuletzt genannten Kodifizierungsverständnis in England *Schmitthoff* (Fn. 8), S. 1.

und grundlegenden Zweck können mit der Anordnung aber auch inhaltliche Zwecke verfolgt werden, insbesondere dann, wenn Gesetzesrecht in der jeweiligen Rechtsordnung nicht nur punktuelle Bedeutung hat. Die Anordnung kann hier zur Systembildung beitragen und Basis der Dogmatik sein, etwa indem sie Rechtsgebiete voneinander abgrenzt oder als zusammengehörig betrachtet.

Auch wenn bei der Anordnung stets Regel auf Regel folgt, kann doch in verschiedenster Weise mit der Anordnung die Auffindbarkeit beeinflusst und eine inhaltliche Aussage getroffen werden. Erste Entscheidung ist die Frage, welche Regeln in einem Gesetz, gegebenenfalls einer Kodifikation, zusammengefasst werden sollen. Beispiel ist die jahrzehntealte Debatte um die zivilrechtliche „De-Kodifikation" insbesondere durch verbraucherschützende Sondergesetze[23] und den Wert einer „Re-Kodifikation",[24] wie sie etwa in Deutschland mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stattgefunden hat.[25] Gegen die Auslagerung in Sondergesetze spricht bekanntlich, dass dadurch die Zivilrechtskodifikation das für zahlreiche Fälle maßgebliche Recht nicht mehr enthält und so entwertet wird. Für die Schaffung von Sondergesetzen lässt sich aber ins Feld führen, dass sie die Lesbarkeit der Kodifikation und die Auffindbarkeit der maßgeblichen Rechtsregeln steigern kann und das „unverfälschte" Grundgerüst eines Rechtsgebiets besser sichtbar macht.[26] Innerhalb eines Gesetzes ist für die Auffindbarkeit und eventuelle inhaltliche Aussagen zunächst die Binnengliederung entscheidend: So wie Gesetze einen Titel tragen, kann innerhalb eines Gesetzes mit Zwischenüberschriften oder Randtiteln (Marginalien)[27] gearbeitet werden. Dabei kann die Bezeichnung der jeweiligen Gliederungsebene ihrerseits das Gewicht der Trennung zum Ausdruck bringen – ein eigenes „Buch" trennt schärfer als ein bloßer „Abschnitt";[28] ein „Allgemeiner Teil" bringt schon durch die Über-

---

[23] Grundlegend *Natalino Irti*, L'età della decodificazione, 1. Aufl., Mailand: Giuffrè 1978, 4. Aufl., Mailand: Giuffrè 1999; *ders.*, I cinquant'anni del Codice civile, Mailand: All'Insegna del Pesce d'Oro 1992; weiter etwa *Karsten Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, Heidelberg: C.F. Müller 1985, insbes. § 3; *Maria Luisa Murillo*, The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification, 11 J. Transnat'l L. & Pol'y 163 (2001); *Stephan Meder*, Die Krise des Nationalstaates und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip, JZ 2006, 477, 479 ff.

[24] Allgemein jüngst *Bernd Mertens*, Kodifikation, Dekodifikation, Rekodifikation, ZNR 2021, 1 ff.

[25] Dazu etwa *Thomas Duve*, Verbraucherschutzrecht und Kodifikationsgedanke, Jura 2002, 793; *Peter-Christian Müller-Graff*, Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtsrichtlinien der EG in das BGB?, GPR 2009, 106.

[26] S. nur *Rolf Stürner*, Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?, JZ 1996, 741, 743.

[27] In der Schweiz; Beibehaltung nur in den Kodifikationen, s. Schweizerische Bundeskanzlei, Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), 2013, Rn. 81 (S. 31), verfügbar unter https://www.bk.admin.ch/apps/gtr/de/ (5.1.2022).

[28] Bemerkenswert daher die Aufspaltung des Schuldrechts auf (mindestens) zwei Bücher (3. Buch: Verträge; 7. Buch: Haftung für die Verletzung von Rechten) im neuen chinesischen Zivilgesetzbuch.

schrift seinen Geltungswillen im gesamten Gesetz zum Ausdruck. Unabhängig von der Verwendung von Zwischenüberschriften können einzelne Artikel oder Paragraphen Titel tragen. Weiter kann die Zusammenfassung mehrerer Regeln in einem Artikel oder Paragraphen oder deren Separierung Zusammengehörigkeit oder Abgrenzung deutlich machen. Nicht zuletzt steuert auch die bloße räumliche Nähe die Auffindbarkeit und kann eine inhaltliche Aussage treffen. Besonders bedeutsames Gliederungsmittel ist schließlich das „Vor-die-Klammer-Ziehen" einzelner Regeln, also die in der Stellung zum Ausdruck gebrachte Geltung ein und derselben Regel für weite Bereiche, ohne dass die Regel jeweils dort wiederholt würde, wo sie gelten soll. Dieses „Vor-die-Klammer-Ziehen", also die Schaffung „allgemeiner Teile", wird als Produkt des Pandektensystems gesehen,[29] hat aber ältere Ursprünge[30] und findet eine gewisse Parallele in der Gesetzgebungs- und Vertragsfassungstechnik des Common Law, die an den Anfang eines gesetzlichen oder vertraglichen Regelwerks gemeinsame Definitionen stellt.

Vielfach lässt sich durch eine geschickte Gliederung sowohl die Auffindbarkeit steigern als auch eine inhaltliche Aussage treffen. Allerdings ist dies gerade bei dem bedeutsamen Gliederungsmittel vor die Klammer gezogener allgemeiner Teile nicht immer so. Einerseits erhöhen allgemeine Teile die Lesbarkeit der Kodifikation, da ständige Wiederholungen vermieden werden, und erleichtern insofern das Auffinden und Anwenden der relevanten Regeln; in inhaltlicher Hinsicht machen sie das Gemeinsame und das Besondere der bereichsspezifischen Regeln deutlich und vermeiden ein unharmonisches Auseinanderdriften der Lösung gleichartiger Fragen. Andererseits erschweren allgemeine Teile aber auch die Verständlichkeit. Denn allgemeine Teile haben notwendigerweise ein höheres Abstraktionsniveau. Sie bleiben daher bei erster Lektüre blass und wenig einprägsam; zudem ist ihre Bedeutung beim direkten Zugriff auf die bereichsspezifischen Regeln – anders als bei bloßen Definitionen – nicht immer sofort erkennbar. In inhaltlicher Hinsicht bergen allgemeine Teile das Risiko, die Gleichbehandlung von Ungleichem anzuordnen. Für den geschulten Juristen sind diese Nachteile beherrschbar; ihm sind die Struktur der Kodifikation und die allgemeinen Regeln vertraut, sodass er sich zurechtfindet und auch eventuell gebotene Anpassungen in seine Überlegungen mit einbezieht. Der juristische Laie kann dies aber oft nicht leisten.[31] Damit stellt sich die Frage, wer Adressat einer gesetzlichen Regelung, vor allem einer Kodifikation, sein soll. Auch wenn immer

---

[29] Näher *Hähnchen*, Das Konzept des Allgemeinen Teils in der Pandektistik und im deutschen BGB am Beispiel der Rechtsfähigkeit, in: Christian Baldus/Wojciech Dajczak (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Privatrechts, Frankfurt: Peter Lang 2013, S. 265 ff.

[30] *Wojciech Dajczak*, Der Allgemeine Teil des Privatrechts im Kontext der mathematischen Inspirationen der Rechtswissenschaft ab dem 17. Jahrhundert bis zur Entstehung der pandektistischen Systematik, in: Baldus/Dajczak (Fn. 29), S. 43; *Christian Baldus*, in: Staudinger, Eckpfeiler, 7. Aufl. 2020/2021, Rn. A 91.

[31] Vgl. zum BGB *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2016, Rn. 738.

wieder die Lesbarkeit für den Laien gefordert und deshalb das deutsche BGB kritisiert wird,[32] ist dies doch – erst recht in der heutigen Zeit – kaum erreichbar. Selbst in der Schweiz, wo man sich seit jeher um die Verständlichkeit besonders bemüht,[33] kann ohne juristisches Studium der Gehalt von ZGB und OR schwerlich richtig erfasst werden,[34] von manchen Sondergesetzen ganz abgesehen. Laien sind damit auf Sekundärliteratur und Beratung verwiesen. Man mag dies bedauern; entscheidend muss aber sein, dass bei entsprechendem Studium oder eingehender Befassung der Normgehalt ermittelt werden kann.

2. *Kodifikatorische Ordnung im Zivilrecht*

Recht sichert Freiheit und setzt zugleich der Freiheit Grenzen. In der für das Civil Law traditionellen Einteilung des Rechts in Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht ist vor allem das Zivilrecht Hort der Freiheit. Das Zivilrecht gewährt Privatautonomie; es erlaubt die Begründung und Veränderung von Rechtsverhältnissen allein deshalb, weil sie gewollt sind, und in der Form, in der sie gewollt sind. Auch im Zivilrecht stößt die Gewährung von Freiheit allerdings an Grenzen, die die Freiheitsausübung erst ermöglichen oder dem Schutz betroffener Dritter, ja teils gar dem Schutz des Handelnden selbst dienen. Diese Gegenstände des Zivilrechts spiegeln sich sinnvoller- wie typischerweise auch in seiner kodifikatorischen Ordnung wider.

Die Ausübung von Freiheit als zentrales Charakteristikum des Zivilrechts legt es dabei nahe, dass es gemeinsame Voraussetzungen der Freiheitsausübung im Zivilrecht gibt. Ist dem so, können diese Voraussetzungen dann gebündelt an einer Stelle festgehalten werden. Naheliegend ist hier die Verortung zu Beginn der Kodifikation, die sich aus der für das Rechtsgebiet grundlegenden Bedeutung der Regeln rechtfertigen lässt. Dementsprechend finden sich Regeln zur Rechts- und Geschäftsfähigkeit in Kodifikationen des Pandektensystems im an den Anfang gestellten Allgemeinen Teil,[35] in Kodifikationen des Institutionensystems im am Anfang stehenden Personenrecht.[36]

---

[32] Vgl. wiederum *Hähnchen* (Fn. 31), Rn. 738.

[33] Zum ZGB Eugen Hubers etwa *Theo Guhl*, Eugen Huber, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Zürich: Schulthess 1945, S. 323, 348; zur heutigen Praxis *Stefan Höfler*, Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Verwaltung: Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung, Zürich: Dike 2018, S. 65.

[34] Vgl. auch den Beitrag von *Peter Jung* (in diesem Band) sowie *Sibylle Hofer*, Das Zivilgesetzbuch – ein volkstümliches Gesetz?, UniPress 152/2012, 42, verfügbar unter http://boris.unibe.ch/51898/1/meinung.pdf (4.1.2022).

[35] Z.B. für Deutschland §§ 1, 21 f., 80, 104 ff. BGB; dazu *Baldus* (Fn. 30) Rn. A 94 mit dem Hinweis, dass der Allgemeine Teil des BGB seinerseits dem Institutionensystem folge; für Portugal Art. 66–69, 122 ff. Código civil.

[36] Z.B. für Frankreich Art. 388 ff. Code civil, für Österreich §§ 18, 21 ff., 167 ff. ABGB.

Freiheitsausübung ermöglichen zunächst die Regeln, die rechtlich relevante Handlungsformen zur Verfügung stellen, also die Regeln über Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen und den Vertragsschluss; dabei ist das Konsenserfordernis des Vertragsschlusses zugleich eine aus Drittinteressen, nämlich den Interessen des Vertragspartners, folgende Grenze der Freiheit des Einzelnen. Diese Regeln können sinnvoll ebenfalls als grundlegend und daher übergreifend vorab[37] oder beim (Schuld-)Vertrag[38] als wichtigster Form der Freiheitsausübung verortet sein. Spezieller und daher mit Vorteil dem (Schuld-)Vertragsrecht der Kodifikation oder einem Sondergesetz zuzuordnen sind Regeln, die eine typisiert schwache Vertragspartei vor einem übereilten oder nicht überblickten Vertragsschluss schützen sollen; soweit es um Abschlussmodalitäten geht, ist dabei eine Verortung im allgemeinen Vertragsrecht, soweit es um bestimmte Inhalte geht, bei den einzelnen Vertragstypen sinnvoll. Ob dabei das allgemeine Vertragsrecht gesondert hervortritt oder Teil eines allgemeinen Schuldrechts ist,[39] in dem etwa auch Leistungsstörungen vertraglicher wie außervertraglicher Pflichten geregelt sind, ist eher Geschmacks- als Strukturfrage.

Freiheitsausübung sichern weiter Regeln, die unvollständige Verträge sinnvoll ergänzen und damit überhaupt erst sinnvoll ermöglichen. Solche Regeln finden sich im dispositiven Vertragsrecht mit seiner Herausbildung typisierter Verträge, dessen Zuordnung zum besonderen Schuldvertragsrecht auf der Hand liegt, aber etwa auch im Recht der Ehe und vergleichbarer Partnerschaften, das die Folgen solcher im weitesten Sinne vertraglich zustande gekommener Beziehungen zwischen den Parteien überwiegend zwingend regelt und gemeinsam mit dem Eingehen der Beziehung dem allgemeinen Personenrecht[40] – Institutionensystem – oder einem verselbständigten Familienrecht[41] – Pandektensystem –, jedoch wegen ihres Zustandekommens auch einem weit verstandenen Vertragsrecht oder wegen ihres vermögensrechtlich-dynamischen Gehalts auch dem dynamischen Teil eines umfassend verstandenen Vermögensrechts zugeordnet werden kann.

Der Freiheitsausübung des Inhabers einer vermögenswerten Position, der korrespondierenden Begrenzung der Bindung eines eventuellen unmittelbaren Gegenübers sowie dem Schutz unbeteiligter Dritter dienen die Regeln, die den Inhalt vermögenswerter Positionen festlegen. Sie sichern zunächst die Freiheit ihres Inhabers, seine Position zu nutzen, und verteidigen diese gegenüber dem Verpflichteten oder gegenüber jedermann. Sie sichern aber auch die Freiheit des Verpflichteten, der nur inner-

---

[37] Z.B. für Deutschland §§ 116ff., 145ff. BGB; vgl. *Reinhard Bork*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, Berlin: Otto Schmidt/De Gruyter, Vorbem zu §§ 145–156 Rn. 5.

[38] Z.B. für Frankreich Art. 1101ff. Code civil, für Österreich §§ 861ff. ABGB; für Portugal Art. 405ff. Código civil.

[39] Ausführlich dazu *Yamamoto* (Fn. 2), insbes. sub III.

[40] Z.B. für Frankreich Art. 203ff., 260ff. Code civil, für Österreich §§ 94ff. ABGB sowie §§ 66ff. EheG.

[41] Z.B. für Deutschland §§ 1353ff., 1568a ff. BGB, für Portugal Art. 1671ff., 1788ff. Código civil.

halb festgelegter Grenzen verpflichtet ist, und gleich mehrfach die Freiheit unbeteiligter Dritter, die keine Sanktion wegen eines versehentlichen Übergriffs fürchten müssen und im Falle des Erwerbs der Position selbst oder einer mit ihr belasteten Position ohne allzu großen Aufwand deren Gehalt feststellen können, was den Güteraustausch fördert und so zum allgemeinen Wohl beiträgt.

Hiermit ist die Unterteilung des Vermögensrechts in ein Schuld- und ein Sachenrecht – in österreichischer Terminologie in ein Recht der persönlichen und ein Recht der dinglichen Sachenrechte – angesprochen. Diese Unterteilung und die ihr zugrunde liegenden Gedanken werden oft missverstanden und sind gerade in jüngerer Zeit angezweifelt worden,[42] dies jedoch zu Unrecht. Richtigerweise ist auch diese Unterteilung eine Frage der Zweckmäßigkeit, keine Frage strenger Logik, auch wenn sie von einer gedanklichen Unterscheidung ausgeht, die wohl alle Rechtsordnungen in der einen oder anderen Form kennen. Die österreichische Terminologie bringt den zentralen Gesichtspunkt durchaus gut zum Ausdruck: Es geht darum, ob eine vermögenswerte Position entscheidend von einer bestimmten verpflichteten Person abhängt oder ob sie von einer bestimmten verpflichteten Person losgelöst existiert. Der erste Fall, die Abhängigkeit von einer bestimmten verpflichteten Person, zeigt sich im besonderen Fokus des Rechts auf die Beziehung *inter partes*. Er ist rein faktisch häufiger und läuft nicht zufällig auch mit der Zweiparteienbeziehung eines Zivilprozesses parallel. Der zweite Fall, der Fall vermögenswerter Positionen, die sich nicht für eine bestimmte verpflichtete Person interessieren, ist seltener. Interessiert sich eine vermögenswerte Position nicht für die Identität eines bestimmten Gegenübers, so kann das natürlich nicht bedeuten, dass sie kein Gegenüber kennt, sondern bedeutet im Gegenteil, dass jedermann ihr Gegenüber sein kann; dementsprechend interessiert sich das Recht in besonderem Maße für die Wirkungen dieser Position *erga omnes*. Da es aber auf die Wirkungen ankommt, werden auch solche vermögenswerten Positionen rechtspraktisch vor allem dann relevant, wenn sie eine Zweiparteienbeziehung hervorbringen, die dann wiederum in einen Zivilprozess münden kann, wenn sie also im Verhältnis zu einer bestimmten verpflichteten Person zum Ausdruck kommen.

Dass nun derartige Positionen historisch vor allem im Recht der körperlichen Gegenstände, in deutscher Terminologie im Recht der Sachen,[43] anzutreffen sind, kann nicht überraschen. Denn gerade körperliche Gegenstände bieten verschiedene sinnvolle Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten, die nicht von den beteiligten Personen abhängen und insbesondere bei Grundstücken vielfältiger Art sind. Sinnvolle Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten, die, was ihren Rechtsinhalt (und nicht ihr Belastungsobjekt) angeht, von einer bestimmten verpflichteten Person unabhängig sind, gibt es freilich auch an Forderungen und anderen nichtkörperlichen Gegenständen. Rechtlich erfasst sind auch diese Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten

---

[42] Z. B. *Jens T. Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

[43] Vgl. im deutschen Recht § 90 BGB.

als Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten zweckmäßigerweise dort, wo sich die Regeln über die entsprechenden Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten an Sachen finden, also im Sachenrecht, nicht dort, wo die jeweiligen Belastungsobjekte geregelt sind.[44] Ein so geordnetes „Sachenrecht" ist also keineswegs auf körperliche Gegenstände beschränkt. Wenn – was zweckmäßig erscheint, aber nicht zwingend ist[45] – in diesem Sachenrecht weiter auch die spezifischen Regeln anzutreffen sind, die der Sicherung und Verteidigung der Rechtsposition dienen, dann finden sich in diesem Sachenrecht auch „sachenrechtliche" Regeln über Zwei-Personen-Beziehungen, also über Ansprüche, wie etwa die Vindikation, den Grundbuchberichtigungsanspruch und vielleicht gar ein besonderes Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.[46] Weist man nun, was ebenfalls zweckmäßig erscheint, neben der Inhaltsbeschreibung und der Sicherung und Verteidigung der „sachenrechtlichen" Positionen auch die Regeln über deren Erwerb und Aufgabe, Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung dem Sachenrecht zu, so ist das Sachenrecht insofern Zuordnungsrecht. Dies schließt aber nicht aus, dass sich auch anderswo Regeln über die Zuordnung finden. Im deutschen BGB ist denn auch die Abtretung von Ansprüchen allgemein im Schuldrecht geregelt,[47] und die Regeln über die Abtretung werden sogar auf alle denkbaren vermögenswerten Positionen ausgedehnt,[48] wobei spezielle Regeln – etwa die des Sachenrechts – nach allgemein anerkannter Methode Vorrang haben. Jedenfalls im deutschen BGB regelt also nicht allein das Sachenrecht die Güterzuordnung; der „dingliche" Vertrag[49] ist also nicht nur im Sachenrecht zuhause. Dies mag inkonsequent erscheinen, da die Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten ja im Sachenrecht stehen. Es lässt sich aber dadurch rechtfertigen, dass bei der Abtretung die Parallele mit den Regeln der Übertragung von Rechten an körperlichen Sachen weniger stark ins Auge fällt.

Die Unterteilung des Vermögensrechts in Sachenrecht und Schuldrecht muss nach alldem nicht darin bestehen, dass dem Schuldrecht ein Monopol für Zwei-Personen-Beziehungen, also Ansprüche, und dem Sachenrecht ein Monopol für Zuordnungsfragen zugewiesen wird. Ja, sie muss nicht einmal darin bestehen, dass das Sachenrecht das Monopol für Wirkungen *erga omnes* erhält. Abgesehen davon, dass auch Leben, Gesundheit und Freiheit absoluten Schutz genießen, also *erga omnes*

---

[44] Für das deutsche Recht §§ 1068 ff., 1273 ff. BGB, anders aber z. B. das portugiesische Recht, das Pfandrecht und Hypothek im Schuldrecht in den Art. 666 ff., 686 ff. Código civil regelt.

[45] Vgl. für Frankreich z. B. Art. 1583 Code civil.

[46] Für das deutsche Recht §§ 985 f., 894, 987 ff. BGB.

[47] § 398 BGB.

[48] § 413 BGB.

[49] Dazu ausführlich *Christoph A. Kern*, Abschied vom dinglichen Vertrag?, in: Alexander Bruns/Christoph Kern/Joachim Münch/Andreas Piekenbrock/Astrid Stadler/Dimitrios Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, S. 161.

wirken, können auch Positionen, die entscheidend von der Person des Verpflichteten abhängen, in gewissem Umfang Schutz gegenüber jedermann genießen. Besonders eindrucksvoll ist dies in Rechtsordnungen, die auch Forderungen in weitem Umfang deliktsrechtlich schützen; bekanntes Beispiel ist das italienische Recht, das dem Fußballverein, der einen Spieler unter Vertrag hat, deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche gegen denjenigen zugesteht, der den Spieler verletzt oder tötet[50] – und dies trotz klarer Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht.[51] Eine gewisse Drittwirkung haben Forderungen auch dort, wo bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung des wahren Gläubigers deliktsrechtlich Schadensersatz zu leisten und bereicherungsrechtlich das Erlangte herauszugeben ist; Beispiel ist der Fall des Zedenten, der trotz Abtretung eine Forderung noch einzieht mit der Folge, dass der in Unkenntnis leistende Schuldner frei wird.[52] Für das Sachenrecht typische *erga-omnes*-Wirkungen sind aber die Unabhängigkeit von der Person des Verpflichteten dergestalt, dass etwa ein Wechsel des Grundstückseigentümers die Haftung des Grundstücks und damit die Pflicht des jeweiligen Eigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden, nicht verändert oder ein Wechsel in der Person des Gläubigers einer verpfändeten Forderung die Position des Pfandgläubigers nicht berührt. Das „Vollrecht" Eigentum oder sonstige Rechtsinhaberschaft lassen also das für das Sachenrecht Typische weniger deutlich erkennen als beschränkte Rechte.

Die Unterteilung des Vermögensrechts in ein Schuld- und ein Sachenrecht ist schließlich auch nicht entscheidend für das Bedürfnis an Typizität der vermögenswerten Positionen. Richtigerweise empfiehlt sich Typizität überall dort, wo Drittbetroffenheit und Güteraustausch in Rede stehen.[53] Typizität ist dabei zu verstehen als eine typenprägende Standardisierung, die als *numerus clausus* gesetzlich vorgegeben oder von der Praxis geschaffen sein kann. Eine solche Standardisierung schafft typische Gestaltungen, über deren rechtlichen Gehalt die Beteiligten und der Verkehr große Gewissheit haben können. Es ist gewiss kein Zufall, dass das Sachenrecht aller verschiedenen Rechtskulturen eine sehr ausgeprägte Typizität aufweist, sind es doch historisch gesehen Sachen und Rechte an Sachen, die den Wirtschaftsverkehr beherrschten, während Forderungen oft gar nicht ohne Weiteres übertragbar waren.[54] Die Standardisierung wird dabei keineswegs nur durch eventuelle gesetzliche Regeln bewirkt, sondern ergibt oder vertieft sich durch die vielfache Benutzung und Erprobung in den Gerichten, deren Entscheidungen den Gehalt der jeweiligen Position weiter ausformen. Ohne eine solche Standardisierung entstehen zum einen hohe Informationskosten, da auf die inhaltliche Ausgestaltung in jedem Einzelfall geblickt

[50] Cass., 26.1.1971, n. 174, Foro it., 1971, I, 1284.

[51] Libro Terzo – Della proprietà (Art. 810–1172); Libro Quarto – Delle obbligazioni (Art. 1173–2059).

[52] Für Deutschland §§ 826, 816 Abs. 2 BGB.

[53] Grundlegend *Christoph A. Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, insbes. S. 508 ff.; zustimmend *Baldus* (Fn. 30), Rn. A 97.

[54] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 35 ff.

werden muss und nicht mit der bloßen Typenbezeichnung der Gehalt der in Rede stehenden Position umrissen ist. Zum zweiten bewirkt das Fehlen von Standardisierung Rechtsunsicherheit, da den individuellen Gestaltungen die gerichtliche Erprobung und weitere Ausformung fehlt.[55] Die Informationskosten und mehr noch die Rechtsunsicherheit können durch moderne Technologien nicht beseitigt werden. Denn am Ende muss immer noch geklärt werden, ob eine Position den Bedürfnissen der Beteiligten gerecht wird; vor allem aber kann auch die beste Technologie künftige gerichtliche Akzeptanz und Ausprobung nie sicher vorhersagen, solange nicht auch die Urteile von ihr gemacht werden – eine Welt, in der freiheitsliebende Menschen nicht leben wollen. Gegen die Standardisierung spricht im Übrigen nicht, dass sie Freiheit übermäßig einschränke.[56] Denn abgesehen davon, dass das Angebot typisierter Positionen ausreichend groß sein muss und nicht ein für alle Mal festzustehen braucht,[57] kann der Grad der Festlegung unterschiedlich stark sein.[58] So lassen etwa zahlreiche beschränkte dingliche Rechte, insbesondere Nießbrauch und Dienstbarkeiten, die Verdinglichung von Parteiabreden in einem gewissen, seinerseits feststehenden Rahmen zu. Damit werden das Bedürfnis nach individueller Ausgestaltung und die Verkehrsinteressen miteinander in Einklang gebracht. Vor allem aber ist das Gesamtsystem in den Blick zu nehmen: Die schuldrechtliche Anbindung sachenrechtlicher Positionen unterliegt jedenfalls in Rechtsordnungen mit Trennungsprinzip kaum Einschränkungen. Hierdurch lassen sich bei ausreichender Zahl der typisierten Positionen Lösungen für nahezu alle sinnvollen Gestaltungen finden. Die typisierten Positionen sind also gleichsam „Bausteine",[59] die – um im Bild zu bleiben – von einem schuldrechtlichen „Mörtel" zusammengehalten und mit ihm verputzt werden, sodass mit ihnen nahezu jedes Gebäude errichtet werden kann.

Da nun heute nicht mehr nur oder auch nur vorwiegend Sachen und Rechte an Sachen Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sind, finden sich auch auf anderen Gebieten typisierte Positionen, etwa in Gestalt der Wertpapiere des Kredit- und Zahlungsverkehrs[60] und des Warenverkehrs[61] oder bestimmter Rechte des Geistigen Eigentums, während sich auf anderen Gebieten wiederum das Fehlen von Typizität negativ bemerkbar macht, so etwa an den Kapitalmärkten und in anderen Bereichen gewerblicher Schutzrechte.[62] Somit kann das Sachenrecht auch kein Monopol für Typizität beanspruchen. Einmal mehr zeigt sich hierin, dass die kodifikatorische Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht kein Produkt einer abstrakten Logik sein

---

[55] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 463 ff.

[56] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 510 ff.

[57] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 516 f.

[58] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 520.

[59] Grundlegend *Rolf Stürner*, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994), 265, 275 ff.; weiter *Kern* (Fn. 53), S. 516 ff.

[60] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 254 ff.

[61] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 282 ff.

[62] Vgl. *Kern* (Fn. 53), S. 508 ff.

will und kann, aber aus einer Vielzahl materiell-systematischer, wenn auch nicht völlig trennscharfer Gründe zweckmäßig erscheint.

Richten wir nach diesen Überlegungen zur kodifikatorischen Ordnung von Vertrags- und Sachenrecht noch kurz den Blick auf die außervertraglichen Schuldverhältnisse. Deren Regeln, insbesondere das Delikts- und Bereicherungsrecht, stellen sich aus der Perspektive des Opfers als Regeln zu seiner Freiheitssicherung, aus der Perspektive des Handelnden hingegen als Freiheitsgrenze dar. Sie begründen eine Verpflichtung, passen also in ein umfassendes Obligationenrecht;[63] sie können aber auch dem dynamischen Teil eines Güterrechts, den *matières dont on acquiert la propriété*, zugeordnet[64] oder gar komplett verselbständigt[65] werden.

Die Überlegungen könnten für das gesamte Zivilrecht fortgeführt werden. Das Erbrecht etwa, in dem die Testierfreiheit des Erblassers den Vorbehalten für die Angehörigen gegenübersteht, lässt sich verselbständigen,[66] aber mit gewisser Mühe auch als Sachenrecht[67] oder dynamisches Vermögensrecht verstehen;[68] das Gesellschaftsrecht status- bzw. personenrechtlich, aber auch schuldrechtlich einordnen. Schon jetzt ist aber deutlich geworden, dass es *die eine* kodifikatorische Ordnung des Zivilrechts nicht gibt, sie von der Materie auch nicht gleichsam natürlich vorgegeben ist, auch wenn sich bestimmte Ordnungen mehr oder weniger anbieten.

IV. Schluss

Gibt es nicht *die eine* kodifikatorische Ordnung des Zivilrechts, ist es Aufgabe jeder Rechtsordnung und jeder Epoche, sich Gedanken über die passende Ordnung und Anordnung der zivilrechtlichen Regeln zu machen. Bei der Entscheidung über diese formelle Systemfrage dürfen freilich Auswirkungen auf das materielle System nicht außer Acht gelassen werden. So stärkt etwa die kodifikatorische Erfassung des Sachenrechts in einem eigenen Buch dessen Eigenständigkeit, fördert die Ausprägung einer genuin sachenrechtlichen Dogmatik und kann hierdurch zu einer Lösung beitragen, die den Interessen der Beteiligten wie des Verkehrs besonders gut Rechnung trägt; ein sachenrechtlicher *numerus clausus* bringt dabei dann keine Freiheitseinbußen mit sich, wenn er in das materielle System passt, insbesondere mit den sachenrechtlichen Bausteinen dank Geltung des Trennungsprinzips schuldrechtlich weitgehend frei operiert werden kann.

Bei alldem darf aber die Bedeutung des formellen Systems nicht überschätzt werden. Ob etwa das allgemeine Vertragsrecht einen eigenen Abschnitt erhält oder im

[63] Z.B. für Deutschland §§ 812 ff., 823 ff. BGB.
[64] Z.B. für Frankreich Art. 1240 ff. Code civil.
[65] Z.B. für China das 7. Buch des ZGB.
[66] Z.B. für Deutschland im Buch 5 des BGB, §§ 1912 ff. BGB.
[67] Z.B. für Österreich §§ 531 ff. ABGB.
[68] Z.B. für Frankreich Art. 720 ff. Code civil.

allgemeinen Schuldrecht steht, kann man gewiss freier entscheiden als die materielle Frage nach der Existenz eines dinglichen Vertrags. Recht muss begreifbar bleiben; dass es ohne intensives Studium verstanden werden könnte, ist aber naives Wunschdenken, zumal die höhere Zugangshürde nicht selten mit größerer Klarheit belohnt wird.[69] Von dem Wunschdenken der Allgemeinverständlichkeit darf sich der Kodifikator getrost verabschieden; er darf und sollte vielmehr die aus seiner Sicht sachgerechteste Lösung suchen und dabei auch der Tradition Gewicht beimessen. Sich etwa für die Anordnung des allgemeinen Vertragsrechts von der Tradition leiten zu lassen, braucht also nicht als Mangel an Innovationskraft angesehen zu werden, sondern kann weise Entscheidung sein. Am Ende kommt es wie so oft auf die Qualität juristischer Ausbildung an. Die juristische Ausbildung ist nun aber wegen des formellen, vor allem aber des materiellen Systems der Rechtsgebiete anspruchsvoll und verlangt ein Universitätsstudium an einer Institution, die Forschung und Lehre vereint.

[69] *Kern* (Fn. 49), S. 171 f., 175.

Das Große Zivilgesetzbuch und das neue Zivilgesetzbuchparadigma

Zhu Qingyu[*]

I. Einleitung

Die Grundstruktur der modernen Zivilgesetzbücher zeugt noch immer von der Dichotomie der von Frankreich geschaffenen Institutionen und der von Deutschland geschaffenen Pandektistik. Diese Dichotomie ist wie zwei Grundfarben, und die anderen davon abweichenden Kodifikationsmodelle sind lediglich das Ergebnis unterschiedlicher Tönung der beiden Farben. Eine Welt mit zwei Grundfarben ist zwangsläufig eintönig. Ob das rechtswissenschaftliche Denken im neuen Jahrhundert eine dritte Grundfarbe entdecken, einen Dreiklang schaffen oder zumindest eine aktualisierte Fassung der Institutionen oder Pandektistik erreichen und damit eine Art Pa-

[*] Aus dem Chinesischen übersetzt von Yuanshi Bu.

radigmenwechsel der Kodifikation herbeiführen kann, ist eine Frage, die die Fähigkeiten des Erkenntnisgewinns von Juristen ein Jahrhundert lang auf die Probe gestellt hat.

Die Überlegungen von Prof. *Su Yeong-Chin* zum Großen Zivilgesetzbuch (nachfolgend Großes ZGB) gehören zu den Bemühungen um eine aktualisierte Fassung der Pandektistik. Dies ist m. E. vielleicht der ambitionierteste und originellste Systematisierungsversuch seit der Verabschiedung des deutschen BGB. Bereits an dem Titel „Großes ZGB" können wir seine Ambition spüren. Zweifelsohne stellt der Paradigmenwechsel schon immer das anspruchsvollste wissenschaftliche Unterfangen dar. Um ein neues anderes Modell der Kodifikation als das Institutionensystem zu kreieren, hatten mehrere Generationen der deutschen Rechtswissenschaftler der Pandektistik große Anstrengungen unternommen und erst nach hundert Jahren dieses Ziel erreicht. Leider scheint die Denkkraft der Juristen seitdem erschöpft zu sein, und zwar in dem Maße, wie in den letzten hundert Jahren das systemische große Denken zurückgegangen ist. Die Juristen sind nicht mehr daran interessiert, wissenschaftlichere Systeme in der Rechtswissenschaft zu bilden, sondern nur noch daran, die Einzelheiten des Rechts mit größerer Genauigkeit zu erfassen. Diejenigen, die diese Vorgaben stellen, sind oft Gesetzgeber, die Politiker sind. Dadurch leisten Rechtswissenschaftler nur noch den Vorgaben der Politiker Gefolgschaft, und dies ist allmählich zur neuen Verhaltensnorm der Juristen geworden. Vor diesem Hintergrund ist das Streben von Prof. *Su* nach dem Großen Zivilgesetzbuch zweifellos ein Kampf gegen den Strom. Seine mühevolle Arbeit verdient deshalb ernsthafte Auseinandersetzung.

Die neuesten systematischen Überlegungen von Prof. *Su* sind in seinem kürzlich veröffentlichten Beitrag „Das Konzept und die Blaupause des großen Zivilgesetzbuches" zusammengefasst. Im Fazit des Beitrags hat der Autor nüchtern angemerkt, dass „für Länder, die als Nachzügler gesetzgebungstechnisch das Stadium der Anleihe noch nicht verlassen haben, ein solches neues Denken natürlich berücksichtigen muss, dass es hier nicht mehr nur um die Innovation der einzelnen Regeln geht, sondern vor allem um die Rekonstruktion des Systems. Ohne die Anhäufung von Theorie und Konsens in der Rechtswissenschaft wird es zweifellos ein hohes Maß an argumentativen Schwierigkeiten und Umsetzungsrisiken geben. Daher ist der Beitrag weiterer Wissenschaftler, die Kritik oder Revision vorschlagen, absolut notwendig".[1] Denn je größer der Grad der Originalität, desto schwieriger ist die Rechtfertigung. Es ist nicht richtig, neue Theorien und Systeme zu ignorieren, aber es ist auch nicht vernünftig, ihnen ohne ersichtlichen Grund Beifall zu spenden oder sie abzulehnen. M. E. bedeutet das Ernstnehmen zumindest zu Beginn der Gründung einer neuen Theorie oder eines neuen Systems, es zu verstehen und zu prüfen. Nur durch ein wohlwollendes Verständnis des Standpunkts des Autors und sogar durch eine Verstärkung der Begründung können wir das Problembewusstsein des Autors und

---

[1] *Su Yeong-Chin*, Die Idee und der Entwurf des Zivilgesetzbuchs, Peking University Law Journal 2021, 82; sämtliche Zitate der chinesischen Quellen sind von Yuanshi Bu übersetzt.

den Weg und die Logik seiner Entwicklung verstehen und somit den vom Autor angestrebten Erkenntnisgewinn darstellen. Außerdem können wir nur durch eine strenge Prüfung aus der Perspektive eines Beobachters oder sogar eines Gegners auf der Grundlage des Verständnisses die Erklärungskraft der neuen Theorie und die Wissenschaftlichkeit des neuen Systems überprüfen und somit den Erkenntnisgewinn und die Richtung der Verbesserung des Werks beurteilen.

Der vorliegende Aufsatz kann als Versuch eines „Beitrags weiterer Rechtswissenschaftler" bezeichnet werden, aber aufgrund meines begrenzten Wissensstandes kann ich dem Gedanken von Prof. *Su* nur in Gestalt einer Lesernotiz eine erste Interpretation liefern. Die Grundidee besteht darin, im Sinne des „Verstehens und Prüfens" Vorbemerkungen zur Bedeutung des Großen ZGB für den Paradigmenwechsel und zu den damit verbundenen Problemen zu machen, um den Austausch mit Prof. *Su* und anderen Kollegen zu fördern. Der Hauptteil des Aufsatzes gliedert sich in vier Abschnitte: Die Abschnitte eins und zwei sind Teile des „Verstehens" und diskutieren jeweils den theoretischen Aufbau und das Normensystem des „Großen ZGB" mit dem Ziel, dessen strukturellen Kontext aus der Sicht des Autors zu finden, während der dritte und vierte Abschnitt Teile des „Prüfens" sind und versucht wird, aus Sicht eines vielleicht zu strengen Kritikers das Große ZGB als neues Paradigma auf den Ebenen der Begriffs- und Normenstruktur zu überprüfen.

II. Theoretischer Aufbau des Großen ZGB

Die Struktur des Normensystems des Großen ZGB ist ein Produkt von Theorien und ähnelt der Konkretisierung der Pandektistik des deutschen BGB durch Vorschriften. Um das Normensystem des Großen ZGB zu verstehen, muss man daher zunächst seinen theoretischen Aufbau verstehen und den Beweggrund sowie die Vorgehensweise des Autors in Erfahrung bringen. Die theoretische Konstruktion des Großen ZGB besteht nach meinem Verständnis hauptsächlich in der Wahrung der Systemneutralität, der Rekonstruktion der Trennung des Schuld- und Sachenrechts, dem Verzicht auf den *numerus clausus* dinglicher Rechte und der Verdeutlichung der Unterscheidung zwischen Privatautonomie und Gesetzesbestimmung. Diese vier Ebenen entwickeln sich in einer sich gegenseitig voranbringenden und erwidernden Art und Weise.

1. Wahrung der Systemneutralität

Systemneutralität ist der maßgebende Grund, weshalb sich das Privatrecht von den politischen Einflüssen befreien kann. Darauf beruht auch die These, dass „das öffentliche Recht vergänglich ist und das Privatrecht ewig bleibt".[2] Unter den verschiede-

[2] *Friedrich von Hayek*, Law, Legislation and Freedom (Volume 1), übersetzt von Deng Zhenglai et al., China Encyclopedia Publishing House, Ausgabe 2000, S. 212.

nen von Prof. *Su* aufgelisteten Regeln des Systems der Zivilgesetzbücher steht diese Regel an der ersten Stelle des materiellen Rechts.[3] Die Idee des Großen ZGB basiert gewissermaßen auf dem Problembewusstsein der zunehmenden Infragestellung der Wahrung der Systemneutralität.

Prof. *Su* stellt fest, dass die Gefahr eines Angriffs auf die Systemneutralität aus zwei Gründen besteht:

Erstens haben die europäischen Nationalstaaten nach dem Aufstieg des Nationalstaats im 18. und 19. Jahrhundert ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts angefangen, sich erneut um eine Integration jenseits der Souveränität zu bemühen, bei der die Integration des Privatrechts ein wichtiges Element war. Die rechtliche Integration unter der Prämisse der Beibehaltung der souveränen Unabhängigkeit ging jedoch zwangsläufig mit politischen Widerständen und Kompromissen einher, mit dem Ergebnis, dass das Privatrecht weiterhin in vertikale Rechtsgebiete zersplitterte, und was die horizontale Systematisierung anbelangt, „allmählich sogar Deutschland, das immer die höchsten Ideale für die Systematisierung des Zivilrechts vertreten hatte, besorgt und uneins über die Zukunft des europäischen Zivilrechts wurde."[4]

Zweitens bilden im Binnengesetzesrecht die vertikalen Einzelgesetze wie das Vertragsrecht, Sachenrecht und Deliktshaftungsrecht sowie deren umsetzenden Verordnungen jeweils eigene Systeme und haben die eigentlich systematisch hochrelevanten Rechtsnormen in sektorale Blöcke zerlegt. „Nimmt man das Sachenrechtsgesetz als ein Beispiel: aufgrund der Festlegung des Geltungsbereichs wird alles, d.h. von der Fairness der Transaktionen über die Marktteilnehmer (Subjekte) als Voraussetzung der Transaktionen, die anfängliche Ressourcenzuweisung des Gegenstands der Transaktionen, bis hin zur Regulierung bestimmter Transaktionen aufgrund von Erwägungen der öffentlichen Ordnung, von der systematischen Kompilation erfasst, so dass alle relevanten Fragen so weit wie möglich durch ein einziges Gesetz gelöst werden."[5] „Langfristig wird die fehlende Integration der sektoralen Gesetzgebung oder ein sektorales Gesetzbuch hinsichtlich des technischen Anschlusses und der politischen Abstimmung der Einzelgesetze bzw. verschiedenen Teilbücher eine Vielzahl von Problemen verursachen; manchmal werden die Probleme der Anwendung von Gesetz A gelöst, aber potenziell mehr Probleme für die Gesetze B, C und D geschaffen, da systematische gesetzesübergreifende Regelungen fehlen."[6] Nicht nur das, sondern die Kompilation von vertikalen Einzelgesetzen in einem Zivilgesetzbuch, in denen politische Erwägungen tief eingebettet sind, führt aufgrund der Unbeständigkeit der Politik dazu, „dass das Zivilgesetzbuch vor dem Dilemma steht, ständig geändert werden zu müssen, ohne die Verabschiedung von Sondergesetzen

[3] *Su Yeong-Chin*, Systematik und Konstruktionsregeln des modernen Zivilgesetzbuchs, in: ders., Auf der Suche nach einem neuen Zivilrecht (Erweiterte Ausgabe), Peking University Press, Nachdruck 2014, S. 84–97.

[4] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 62.

[5] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 63.

[6] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 63.

vermeiden zu können, und dass der Gesetzgeber möglicherweise nicht einmal sicher weiß, ob (z. B. im Falle kollidierender Normen zwischen dem Deliktsrechtsbuch und dem Medizinrecht) zwischen dem Kodex und den Einzelgesetzen noch der Grundsatz des Vorrangs der *lex specialis* gegenüber *lex generalis* gilt, oder der Vorrang des neueren Rechts vor dem älteren Recht gilt."[7]

Systemneutralität war der gesetzgeberische Geist des deutschen BGB. Prof. *Su* wies darauf hin, dass Gottlieb Planck den Zweifel von Otto Friedrich von Gierke über den „extremen Individualismus" im BGB wie folgt erwiderte: dass Bestimmungen, die Sozialschwächere besonders berücksichtigen, in Sondergesetzen unterzubringen sind, und das BGB selbst diese Funktion nicht übernimmt.[8] Was Anton Mengers heftige Kritik angeht, dass die Vertragsfreiheit das „Vertragsdiktat" der stärkeren Partei herbeiführt und das Privateigentum und das Erbrecht nur die Interessen der Vermögenden schützen, fand damals wenig Beachtung.[9] Das deutsche BGB hat nach seiner Verabschiedung ein Jahrhundert der ideologischen Veränderungen in der Monarchie, der Weimarer Republik, dem Nationalsozialismus, dem kapitalistischen Föderalismus der Nachkriegszeit, in modifizierter Form in der DDR und dann in der vereinigten Bundesrepublik Deutschland überlebt und ist mit dem Geist der Neutralität untrennbar verbunden.[10]

Die Neutralität schafft Kapazität und Kapazität macht es groß. Wenn ein Zivilgesetzbuch jedoch nur die Erwägung der reinen Systemneutralität berücksichtigt, können das BGB und der noch frühere französische Code civil bereits als „Großes ZGB" bezeichnet werden? Wenn die Bekennung zur Tradition bereits der richtige Weg ist, weshalb ist es dann nötig, ein Großes ZGB als neuen Maßstab zu schaffen?

---

[7] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 63.

[8] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 59.

[9] *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, An Introduction to Comparative Law (Part 1), übersetzt von Pan Handian et al., China Legal Publishing House, Ausgabe 2017, S. 267.

[10] Obwohl die ideologischen Typen, welche Frankreich erlebt hat, zahlenmäßig denen Deutschlands unterlegen sind, sind die politischen Turbulenzen dort noch schlimmer. Seit Beginn der Revolution 1789 geriet Frankreich in scheinbar endlose politische Turbulenzen. In den sechzig Jahren seit Beginn der Großen Revolution hatte fast jedes neue Regime, das aus einem Staatsstreich resultierte, eine Verfassung formuliert. Nur von der ersten revolutionären Verfassung 1791 bis zur zweiten Reichsverfassung 1852 gab es neun Verfassungen und zwei Charter nacheinander und eine Verfassungsergänzung. 1799 startete Napoleon einen Staatsstreich und das revolutionäre Regime wurde in eine Monarchie umgewandelt. Seitdem befindet sich das französische politische System, abgesehen von der kurzfristigen Wiederherstellung der Bourbonen-Dynastie, in einer Reinkarnation zwischen Monarchie und Republik bis zur Fünften Republik, die 1958 begann. Siehe *Ian Davidson*, The French Revolution: From Enlightenment to Tyranny, übersetzt von Yan Hongfu und Wang Yao, Tiandi Publishing House, Ausgabe 2019, S. 268–274. Allerdings bleibt der französische Code civil, welcher die zivilrechtlichen Säulen der Vertragsfreiheit und der Heiligkeit des Eigentums festlegt, unabhängig von der jeweiligen politischen Lage bestehen und ist seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1804 felsenfest, und seine Stabilität ist es nicht weniger als die des deutschen BGB.

2. Rekonstruktion der Trennung von Schuld- und Sachenrecht

Obwohl das deutsche BGB auf der liberalen Ökonomie von Adam Smith und der kantischen liberalen Philosophie beruht, konnte es ein innovatives Kodifikationsmodell als das französischen Code civil etablieren; nicht unbedingt, weil ihm ein konzeptioneller Durchbruch gelang, sondern vielleicht eher weil es durch die Erneuerung der Gesetzgebungstechnik die Logik der Anordnung von Rechtsnormen und damit die Denkstruktur der Juristen verändert hat.

Normalerweise wird angenommen, dass die Besonderheit des deutschen BGB in der 5-Teilung bzw. in der Einrichtung eines Allgemeinen Teils besteht. Jedoch argumentiert Horst Heinrich Jakobs, dass „[…] die Eigenart in systematischer Hinsicht darum nicht etwa die 5-Teilung ist, nicht die Voranstellung eines Allgemeinen Teils, sondern eben die scharfe Trennung von Sachen und Obligationenrecht.“[11] Er hat genau ins Schwarze getroffen. Sowohl die 5-Teilung als auch der Allgemeine Teil sind nur die präsentierten Ergebnisse. Für das Kodifikationsmodell ist es nicht wichtig, wie das Endergebnis wiedergegeben wird, sondern der Grund, der das Ergebnis herbeigeführt hat.

All dies rührt von Gustav Hugos Wiederentdeckung des Schuldbegriffs her. Hugo bemerkte, dass man sich bei der Forderung fragt, „gegen wen? und dies beim Eigentum nicht der Fall ist, weil es gegen die ganze Welt zusteht und, anders als das Sachenrecht mit Sachen als Gegenstand, die Forderung ein Recht ist, dessen Gegenstand nicht ein *res*, sondern eine andere Person ist, genauer gesagt eine bestimmte Handlung einer bestimmten Person. Daher schafft es keine obligatorische Beziehung, die *erga omnes*-Wirkung der Eigentumsübertragung herbeizuführen und ein Kaufvertrag gehört auch nicht zum Tatbestand, der zur Übertragung des Eigentums erfüllt werden muss.[12] Dies eröffnet ein anderes Denkmuster als das des französischen Code civil. Der Begriff der Obligation, so Jacobs, ist der „Geist des römischen Rechts“.[13] Die Trennung von Sachen- und Obligationenrecht führte logischerweise zur Trennung der Handlung mit schuldrechtlicher Wirkung von der Handlung mit dinglicher Wirkung und zur Entstehung des gemeinsamen übergeordneten Begriffs des Rechtsgeschäfts als gemeinsamen Nenner, was die Schaffung des Allgemeinen Teils und der 5-Teilung natürlich zur Folge hat.

Die von Savigny ausgearbeitete Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht fand schließlich im deutschen BGB ihren Niederschlag. Dies spiegelt sich in der „bewussten Derelationalisierung der Sachenrechte wider, sei es als Ergebnis einer Transaktion oder einer Gesetzesanordnung. Die Gesetzesparagraphen konzentrieren sich auf die Befugnisse und ihre Grenzen, und alle Normen scheinen nur der Welt zugewandt zu sein. Auch wenn dingliche Rechte ursprünglich zu einer bestimmten Person enge

---

[11] *Horst Heinrich Jakobs*, Gibt es den dinglichen Vertrag? SZ 119 (2002), 288 f.
[12] *Horst Heinrich Jakobs* (Fn. 11), 288 ff.
[13] *Horst Heinrich Jakobs* (Fn. 11), 289.

Verbindung aufweisen, wurden sie völlig abgeschnitten“, wodurch der 4A-Zustand des Sachenrechts entsteht – Autonomie, Autarkie, Absolutheit und Abstraktheit.[14]

Prof. *Su* ist der Ansicht, dass die Derelationalisierung der Sachenrechte und die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zwar eine gültige Antwort auf die Bedürfnisse der industriellen und kommerziellen Entwicklung im Europa des 19. Jahrhunderts waren, der Nachteil jedoch darin bestand, dass die Entwicklung von Sachenrechtsnormen dadurch unterdrückt wurde, so dass das Sachenrecht dünn und das Schuldrecht dick wird. In der Tat sind die in den Sachenrechten verkörperten Beziehungen allgegenwärtig, welche sich nicht wesentlich von denen der Obligationen unterscheiden. Aufgrund Derelationalisierung der Sachenrechte muss bei der Rechtsanwendung auf die Beziehungsregeln der Obligationen zurückgegriffen werden (z. B. Innenbeziehung der beschränkten dinglichen Rechte, Beziehung zwischen den Miteigentümern, Nachbarverhältnis von unbeweglichen Sachen usw.). Gleichzeitig hat die Starrheit der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zu einer zunehmenden Zahl von Zwischenzuständen von Schuld- und Sachenrechten geführt, wie z. B. Kauf bricht nicht Miete, und die Schwierigkeit der rechtlichen Zuordnung und die Komplexität der Anwendung haben erheblich zugenommen. Mit der Entwicklung der Konzepte und der Typen von Transaktionen haben sich die Mängel der Unterdrückung bei Sachenrechtsnormen so weit verstärkt, dass sie den Herausforderungen des neuen Jahrhunderts nicht mehr gewachsen sind.[15]

Prof. *Su* wies darauf hin, dass die Freigabe der Sachenrechtsnormen die einzige Wahl für ein neue ZGB geworden sei: „Nur wenn die Macht der Normen wichtiger ist als die Reinheit“, kann es als ein echtes „Großes ZGB“ bezeichnet werden.[16] Alle Rechte haben relationale Eigenschaft. Da der Grund für die Unterdrückung von Sachenrechtsnormen in der Derelationalisierung der Sachenrechte liegt und „das dingliche Verhältnis dingliche Rechte und dingliche Pflichten beinhaltet, so wie das Schuldverhältnis schuldrechtliche Rechte und schuldrechtliche Pflichten hat, so dass kein struktureller Unterschied besteht“. Die Lösung liegt daher darin, das dingliche und schuldrechtliche Rechtsverhältnis in die gleiche normative Bahn zu bringen. Auch bei dieser Verschmelzung braucht man den Unterschied zwischen Forderungen und dinglichen Rechten nicht zu leugnen, weshalb nach wie vor die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zugrunde gelegt werden kann.[17]

Die Frage ist jedoch, warum die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht im deutschen BGB dazu führt, dass dingliche Rechte beschnitten werden, was zu einer Situation führt, in der das Sachenrecht dünn und das Schuldrecht dick wird. Warum kann das Große ZGB, obwohl es die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht aner-

---

[14] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 64.
[15] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 64–69.
[16] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 69.
[17] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 69.

kennt, die Normen des Schuld- und Sachenrechts miteinander verschmelzen, indem es die relationale Struktur der dinglichen Rechte hervorhebt?

3. Verzicht auf einen numerus clausus dinglicher Rechte

Nach Ansicht von Prof. *Su* führt die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht an sich nicht zwangsläufig zum dicken Schuldrecht und dünnen Sachenrecht. Der Hauptgrund für dieses Muster liegt im *numerus clausus* dinglicher Rechte, der auf dieser Dichotomie basiert.[18]

Der Prototyp des *numerus clausus* dinglicher Rechte ist im römischen Recht zu finden. Er ist dem germanischen Recht fremd, dort ist die Zahl der beschränkten dinglichen Rechte grundsätzlich unbegrenzt; alle auf Besitz basierenden Rechte konnten bei Bedarf zu dinglichen Rechten werden. Dieser Standpunkt des germanischen Rechts spiegelte sich im preußischen Allgemeinen Landesrecht wider. Im neunzehnten Jahrhundert fand die Umorientierung auf die Pandektistik statt, die eine geschlossene Aufzählung der dinglichen Rechte fordert; der Begriff des *numerus clausus* taucht erst Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts auf.[19] *numerus clausus* wird heute von der deutschen Rechtswissenschaft als Leitprinzip angesehen, welches das Sachenrecht vom Schuldrecht unterscheidet.[20] In den Motiven des deutschen BGB heißt es: „Der Standpunkt des Allgemeinen Landrechtes ist in der That unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkennung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechtes der Schuldverhältnisse. Der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechtes ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung desselben; er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muß, um seine Selbstständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es hat die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welche das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene."[21]

---

[18] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 68–69.

[19] *Hans Josef Wieling*, Sachenrecht, Band 1, 2006, S. 25 f.

[20] *Harry Westermann/Harm Peter Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann*, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 3; *Wolfgang Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schudrecht, AcP 190 (1990), 117 f.

[21] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III (Sachenrecht), Amtliche Ausgabe, 1888, II 2 (S. 3).

Es liegt auf der Hand, dass die auffälligste Wirkung des *numerus clausus* dinglicher Rechte darin besteht, die Privatautonomie einzuschränken. Prof. *Su* weist darauf hin, dass dies den Spielraum für private Schöpfungen verringert hat und der Hauptgrund dafür ist, dass Sachenrechtsnormen im Vergleich zu Schuldrechtsnormen so dünn sind. Die Gründe für die Annahme des *numerus clausus* dinglicher Rechte vor einem Jahrhundert seien nicht mehr gültig, und die Vorteile der Einsparung von Transaktionskosten seien im heutigen großen Marktumfeld zweifelhaft geworden, so dass eine so starke Einschränkung der privaten Freiheit nicht mehr zu rechtfertigen sei.[22]

Die Lösung bestehe darin, den *numerus clausus* dinglicher Rechte aufzugeben und die Liberalisierung der Schöpfung in gleicher Weise wie die im Schuldrecht gelten zu lassen, um den Raum für private Kreativität in den dinglichen Verhältnissen freizugeben. Entsprechend der Lockerung des *numerus clausus* dinglicher Rechte sei die Lockerung des Begriffs der Sache. Die hergebrachte Klassifizierung von beweglichen und unbeweglichen Sachen könne durch eine Unterscheidung zwischen eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Vermögensinteressen ersetzt werden und das System der Gegenstände von Rechten neu geordnet werden. Auf diese Weise werde die herkömmliche Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht in eine Dichotomie zwischen Forderungen und Vermögensinteressen umgewandelt, wobei die Gegenstände der Vermögensinteressen Sachen, Rechte und andere beherrschbare Vermögensinteressen umfassen. Die Abkehr vom *numerus clausus* dinglicher Rechte und die Ausweitung der Gegenstände würden die Situation des dicken Schuldrechts und des dünnen Sachenrechts auf einen Schlag ändern und es einer großen Anzahl von Privatrechtsnormen, die vor dem Tor standen, ermöglichen, in das Zivilgesetzbuch einzutreten und so die große Kapazität des Zivilgesetzbuchs verwirklichen.

Die Ersetzung der Dichotomie von Sachen und Schuldrecht durch die Trennung von Schuld- und Sachenrecht ist keine einfache Erweiterung des Gegenstands, sondern vielmehr eine neue Ausrichtung des Nachdenkens über die Struktur des Zivilgesetzbuches. Es ist ein Umdenken von der herkömmlichen „Anspruch-Herrschaft-

---

[22] Zur Kritik und Rekonstruktion des *numerus clausus* der dinglichen Rechte sei auf die Schriften von Prof. Su Yeong-Chin verwiesen, *ders*., Überdenken des *numerus clausus* im Eigentumsrecht – eine Analyse aus der Entwicklung des Zivilrechts und der wirtschaftlichen Perspektive, in: ders., Economic Rationality in Private Law Autonomy, Renmin University of China Press, Ausgabe 2004, S. 84–120; *ders.,* Das System der zivilen Eigentumsrechte unter der Lockerung der *numerus-clausus*-Doktrin des Eigentums – Überprüfung der Möglichkeit eines Zivilgesetzbuches auf dem Festland, in: *ders*., Auf der Suche nach einem neuen Zivilrecht (Erweiterte Ausgabe), Peking University Press, Nachdruck 2014, S. 133–174; *ders*., Die Transaktionsfreiheit von eintragungsfähigen Eigentumsrechten – Aus der Perspektive des geradlinigen Zivilrechtssystems, um die Grenze des unumschränkten *numerus clausus* der Eigentumsrechte zu sehen, in: *ders*., Auf der Suche nach einem neuen Zivilrecht (Erweiterte Ausgabe), Peking University Press, Nachdruck 2014, S. 175–210.

Struktur“ der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zur Struktur des „persönlich-dinglichen Verhältnisses“, die die Beziehung zwischen Personen und dinglichen Rechten hervorhebt. Die Struktur des „persönlich-dinglichen Verhältnisses“ ist der Ausdruck der These, dass alle Rechte einen relationalen Charakter haben. Die anschließend zu lösende Frage ist, wie man in der Normenaufstellung diese ziemlich theoretisch angelegte Auffassung umsetzen kann. Wie können die Autonomie und ihre Grenzen bei der Aufnahme weiterer Normen in das Zivilgesetzbuch präziser in das Gesetzbuch eingebettet werden, so dass das systemneutrale Zivilgesetzbuch seinen Status als das allgemeine Privatrecht wirklich etablieren kann und die Offenheit und Kapazität des Zivilgesetzbuchs durch ein System der positiven Normen widergespiegelt werden können?

4. Verdeutlichung der Unterscheidung zwischen der Privatautonomie und Gesetzesbestimmung

Die Struktur „persönliches Verhältnis – dingliches Verhältnis“ unter der Dichotomie von Schuldrecht und Vermögensinteressen kommt nicht derart im Großen ZGB zum Ausdruck, dass ein Schuldrechtsbuch und ein Vermögensrechtsbuch entsprechend der Dichotomie einzurichten sind, ansonsten wäre das neue System nichts anderes als eine Erneuerung der Verpackung und von der Rede eines Durchbruchs weit entfernt. Um die Beschränkungen der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht und den darauf basierende *numerus clausus* dinglicher Rechte zu durchbrechen sowie die Sachenrechtsnormen freizusetzen, besteht nach dem Gedankengang von Prof. *Su* der einzig gangbare Weg darin, die Barrieren zwischen Sachen und Obligationen zu beseitigen und die ähnlich gelagerten persönlichen und dingliche Normen über die Gemeinsamkeiten der relationalen Normen einheitlich zu behandeln. Damit kann die Verschmelzung des Schuld- und Sachenrechts verwirklicht werden.

Nach der Verschmelzung des Schuld- und Sachenrechts kann die Kompilationsmethode des deutschen BGB nicht mehr beibehalten werden, so dass ein gesonderter Teilungsstandard festgelegt werden muss. Prof. *Su* hat sich der Kernfrage des Zivilrechts – der Autonomie des Privatrechts und seiner Grenzen – gestellt und daraus die neue Dichotomie „rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse und gesetzliche Rechtsverhältnisse“ kreiert. Dabei beziehen sich rechtsgeschäftliche Verhältnisse auf die Domäne der privatrechtlichen Autonomie, während gesetzliche Verhältnisse einen Zaun bilden und die Grenze bilden.

Prof. *Su* wies darauf hin: „Das neue System besteht darin, die Hauptstruktur der Trennung des Schuld- und Sachenrechts in die Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht gemäß den vom Autor erwähnten Galaxienregeln[23] zu ändern, um die

[23] Gemeint ist eine Methode, Rechtsnormen nach einem bestimmten Maßstab zu gruppieren. Mögliche Maßstäbe sind Lebenssachverhalte, Funktionen und Rechtsfolgen, vgl. Dazu *Su Yeong-Chin*, Auf der Suche nach einem neuen Zivilrecht (Erweiterte Ausgabe), Peking University Press, 2012, S. 86–88 (Anmerkung der Übersetzerin).

verschiedenen Wahlmöglichkeiten klarer darzustellen. Die neue Hauptstruktur besteht in der Trennung zwischen rechtsgeschäftlichen Verhältnissen und gesetzlichen Verhältnissen, welche jeweils die persönlichen Verhältnisse (Obligationenrecht) und dinglichen Verhältnisse (Sachenrecht) regeln. Anschließend wird der gemeinsame Faktor extrahiert und zu allgemeinen Regeln gemacht. Diese überspannen die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnisse und sind hinter den Allgemeinen Teil gestellt, damit sie eine ähnliche Funktion wie der Schuldrecht AT in einer 5-Teilung erfüllen, welcher die sonstigen Bücher miteinander verbindet. Nur ist dieser Teil noch umfangreicher und nimmt auch dingliche Normen auf, welche in der Vergangenheit außerhalb der Reichweite des Schuldrecht AT waren. […] Dieses Modell kann offensichtlich den das Großen ZGB durchziehenden Grundsatz der Privatautonomie klar zum Ausdruck bringen: Die Funktion des modernen ZGB besteht ursprünglich nicht darin, die Menschen zu zwingen oder anzuleiten, ihr Verhalten zu ändern, oder die Aufteilung von Rechten, Pflichten, Risiken und Verantwortlichkeiten zu nutzen um die Starken zu zügeln und den Schwachen zu helfen oder gar Ressourcen direkt zuzuweisen; alle Regulierungsfunktionen werden Sondergesetzen überlassen, einschließlich des Sonderprivatrechts oder besonderen Zivilrechtsvorschriften im öffentlichen Recht."[24] Die Formungslogik hinter dem neuen ZGB ist, dass „einfach ausgedrückt, das auf der Basis der freien Schöpfung der Sachen- und Obligationenrechte beruhende Große ZGB, welches die Grundstruktur der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse und gesetzlichen Verhältnisse rekonstruiert, den Teil der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse zu einem Buch und den Teil der gesetzlichen Anordnung auch zu einem Buch macht. Die Normen über die Autonomie, welche beide Bücher gemeinsam brauchen, werden in den Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts extrahiert, einschließlich der verschiedenen Normen der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnisse, von der Entstehung bis zum Erlöschen, sowie das Eigentum als die Voraussetzung für dingliche Rechtsverhältnisse. Daher müssen die rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse und gesetzlichen Rechtsverhältnisse die Normen, welche die Entstehung der Beziehung zwischen Rechten und Pflichten betreffen, beinhalten. Außerdem beruht ihre Rechtfertigung und Notwendigkeit auf Entscheidungen des freien Willens oder der notwendigen Verstärkung oder Wiederherstellung der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse. Diese Normen weisen alle den Charakter des in der Autonomie des Privatrechts eingebauten Ausgleichsmechanismus auf."[25]

Bisher wird der Aufbau eines neuen Modells, mit der Systemneutralität als Dreh- und Angelpunkt, durch die Rekonstruktion der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, die Abkehr vom *numerus clausus* dinglicher Rechte, die Einführung der Trennung der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse und gesetzlichen Verhältnisse vollendet und das alte Modell aufgegeben. In diesem Konstruktionsprozess wird deutlich, dass

---

[24] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.
[25] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.

das Ideal von Prof. *Su*, die Größe des Großen ZGB, nicht nur in der Breite seines Inhalts, sondern auch in der Reinheit seiner Ideen und der gegenseitigen Widerspiegelung der inhaltlichen Ideen und des formalen Stils liegt. In diesem Sinne besteht der wahre Zweck des Großen ZGB darin, mehr Autonomie in der Substanz und eine wissenschaftlichere Form zu verfolgen und die beiden nahtlos zu integrieren und sich gegenseitig zu bestätigen. Prof. *Su* stellte klar: „Als allgemeines Privatrecht besteht die Hauptfunktion des Großen ZGB nur darin, den Menschen in den persönlichen Beziehungen zu einer fairen und wirksamen Privatautonomie zu verhelfen. Diese Hilfestellung besteht einerseits in der Bereitstellung von Instrumenten der Privatautonomie, wobei die Normen des Allgemeinen Teils und der Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts Hauptträger dieser Funktion sind; anderseits besteht es in der Bereitstellung von Mustern der Privatautonomie mit rechtsgeschäftlichen Verhältnissen als der Hauptträger, wobei die gesetzlichen Verhältnisse auch keine Regulierungsabsicht haben. Sie sind nur die Billigkeitsnormen, die vorgesehen sind, um die Grundlage der Autonomie des Privatrechts zu verbessern. Man kann auch sagen, dass die „intrinsischen Grenzen", die hier und da in der Autonomie des Privatrechts bestehen, zentral und systematisch geordnet sind."[26] Vielleicht kann aufgrund dieses Strebens Prof. *Su*, der immer bescheiden und zurückhaltend war, selbstbewusst sagen: „Nach einer solchen Systemanpassung, in Bezug auf die Findung, Speicherung, Gesetzgebung und Verbreitung des Zivilrechts, wird der Gesamtnutzen des Großen ZGB das Modell der 120 jährigen deutschen 5-Teilung übertreffen, ganz zu schweigen von dem hochgradig sektoralen ZGB, das gerade in Festlandchina verabschiedet wurde."[27]

III. Systematische Grundstruktur des Großen ZGB

Normentheorien sind nie reine Theorien. Bei der Konstruktion einer Normentheorie werden gleichzeitig deren systematische Rahmen mitberücksichtigt. Es ist also verständlich, warum das deutsche BGB eine paragraphenweise Ausformulierung der Pandektistik sein kann. Es ist sogar möglich zu denken, dass eine Normentheorie, die nicht durch ein systematisches positives Gesetz konkretisiert werden kann, keine starke Vitalität besitzt. Die Theorie des Großen ZGB ist keine Ausnahme. Tatsächlich wird der theoretische Aufbau des Großen ZGB genau in der synchronen Konstruktion und Konfiguration des Normensystems ausgeführt. Um den Kontext des Großen ZGB besser zu verstehen, ist es daher noch notwendig, einige seiner grundlegenden Systemstrukturen zu klären. Die Systemstruktur des Großen ZGB lässt sich m. E. in vier Säulen zusammenfassen – die vollständige Sammlung privatrechtlicher Normen, das Vermögensrecht als Prototyp, das Modell der dreifachen Teilung in den Allgemeinen und den Besonderen Teil und die Zweiteilung in rechtsgeschäft-

[26] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.
[27] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.

liche und gesetzliche Rechtsverhältnisse. Darin besteht auch der gesamte Stil und die Systeminnovation des Großen ZGB.

1. Vollständige Sammlung der Privatrechtsnormen

Laut Prof. *Su* schränkt die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht nicht nur das Wachstum von Sachenrechtsnormen ein, sondern schließt auch andere subjektive Rechte als Schuld- und Sachenrechte aus. Das deutsche BGB hat seit mehr als hundert Jahren keine neuen Rechte mehr hinzugefügt, und die neuen Rechtstypen, die nicht in das BGB aufgenommen werden können, können nur im Gebietsrecht verbleiben, was die Sektoralisierung des BGB weiter intensiviert, so dass das BGB seinem Status als das allgemeine Privatrecht immer weniger gerecht wird. Der aktualisierte Rahmen der Zweiteilung in Schuld- und Sachenrecht sieht Rechte an Vermögensinteressen vor, welche alle Vermögensrechte, die gegenüber jedermann geltend gemacht werden können, umfasst. Dadurch ist nicht nur die begriffliche Gliederung distribuierter, sondern der Anwendungsbereich kann auch fast alle privatrechtlichen Normen abdecken, wodurch das Große ZGB wirklich zum allgemeinen Privatrecht wird.

Das Große ZGB durchbricht inhaltlich nicht nur die hergebrachte deutsche Trennung des Zivil- und Handelsrechts, sondern regelt auch die Handelsbeziehungen.[28] Es umfasst darüber hinaus gewerbliche Schutzrechte und sogar öffentlich-rechtliche Rechte mit privatrechtlicher Bedeutung, weshalb es als eine vollständige privatrechtliche Normensammlung bezeichnet werden kann. Dieses Streben ähnelt dem neuen niederländischen Zivilgesetzbuch (Nieuw BW), einem wichtigen Bezugsobjekt des Großen ZGB. Jacob Hijma, der am Schaffen des neuen niederländischen ZGB beteiligt war, wies darauf hin: „Der Leitgedanke der Kodifizierung besteht darin, das gesamte Privatrecht in das Nieuw BW aufzunehmen."[29]

2. Vermögensrecht als Prototyp

Das gesamte Große ZGB besteht aus sechs Büchern, von denen derzeit nur drei Bücher, die sich mit dem Vermögensrecht befassen, konzipiert sind. Nach Prof. *Su* „stellt die Methode der 5-Teilung zum einen das Familien- und Erbrecht an den Schluss, d.h. das Sonderrecht der ersten drei Bücher, welches nicht so allgemein ist wie die beiden Bücher zu Schuld- und Sachenrecht (nicht auf bestimmte verwandt-

---

[28] Allerdings hat das aktuelle vermögensrechtliche Normensystem des Großen ZGB aktienrechtliche Normen noch nicht aufgenommen, geschweige denn das Handelsorganisationsrecht, das Handelsregister, Firma, die Handelsbuchhaltung und Wertpapiere und andere handelsrechtliche Normen wie das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Die Normen der Handelsorganisation wären eventuell im Allgemeinen Teil des Großen ZGB zu finden, der noch nicht in die Struktur des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingebunden ist.

[29] *Jacob Hijma*, Introduction to the New Dutch Civil Code, übersetzt von Wang Weiguo, Dutch Civil Code (Titel 3, 5, 6), China University of Political Science and Law Press, 2006, S. 7.

schaftliche Beziehungen beschränkt), und zum anderen haben deren Struktur und Inhalt einen hohen Grad an Modernisierung erreicht." Diese Struktur ist also „nicht sehr problematisch" und kann so bleiben, wie sie ist.[30]

Diese auf dem Vermögensrecht basierende Anordnung von Normen ist keine Innovation von Prof. *Su*, sondern eher eine Fortführung der Normenlogik des deutschen BGB, auch wenn es vielleicht noch einige Fragen zu stellen gilt: Warum stellt das Vermögensrecht einen Prototyp für Rechtsnormen dar, wenn das Zivilrecht in zwei Teile geteilt werden kann: das Vermögensrecht und das Statusrecht (身份法)[31]? Warum kann das Statusrecht als ein Sonderrecht des Vermögensrechts bezeichnet werden? Wie ist die Behauptung von Prof. *Su* zu verstehen, dass das Statusrecht „nicht so allgemein ist wie die Probleme, die mit den beiden Büchern zum Schuld- und Sachenrecht verbunden sind"?

Der Prototyp der zivilrechtlichen Regulierung ist die Markttransaktion, die typischerweise als eine Transaktion zwischen Fremden, die atomare Individuen sind, dargestellt wird. Abgesehen vom Vorliegen eines Mindestmaßes an Moral im Umgang miteinander, wie Treu und Glauben, basiert jeder Kontakt zwischen den Parteien auf einem Vertrag, ohne dass eine eheliche oder blutsverwandte Beziehung besteht. Mit anderen Worten: Markttransaktionen beruhen auf dem Vertrauen in Regeln und nicht auf dem Vertrauen in Personen. Nur dann können Transaktionen frei, gleichberechtigt, sicher und reibungslos ablaufen, und der Markt kann auf der Grundlage dieses regelbasierten Vertrauens stabil und ausbaufähig sein. Im Gegensatz dazu sind Gesellschaften, in denen Interaktionen auf Personenvertrauen beruhen, „vernakuläre Gesellschaften" mit einem „differentiellen Ordnungsmuster", d. h., die sozialen Beziehungen, die durch das ‚Ich' als Zentrum gebildet werden, sind wie Steine, die ins Wasser geworfen werden, und andere, […] werden in Kreisen wie die Wellen des Wassers hinausgeschoben, immer weiter weg und immer dünner."[32] Im Rahmen des differenziellen Ordnungsmusters sind die Beziehungen nach der Nähe der Verwandtschaft in verschiedene Grade hierarchischer Ordnung und entsprechender ethischer Verpflichtungen unterteilt, und der Kreis der Wellen ist skalierbar, ohne bestimmte Regeln, wie *Fei Xiaotong* betont: „In diesem skalierbaren Netzwerk gibt es zu jeder Zeit ein ‚Selbst' als Zentrum. Das ist kein Individualismus, sondern Egoismus".[33]

---

30 *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 58.

31 Zum Begriff des Statusrechts als subjektive Rechte vgl. § 1001 [Schutz von Statusrechten] Zum Schutz von Statusrechten, die natürlichen Personen aus Verhältnissen wie etwa Ehe [und] Familie erwachsen, werden die Bestimmungen des ersten [und] fünften Buchs dieses Gesetzes und einschlägige Bestimmungen anderer Gesetze angewandt […] (Anmerkung der Übersetzerin; deutsche Übersetzung von *Ding/Leibküchler/Klages/Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.).

32 *Fei Xiaotong*, Das Fruchtbarkeitssystem des ländlichen Chinas und der ländliche Wiederaufbau, Commercial Press, Ausgabe 2011, S. 28.

33 *Fei Xiaotong* (Fn. 32), S. 29.

Dies bedeutet natürlich nicht, dass Personenbeziehungen mit einem starken Familienethos unwichtig sind, geschweige denn, dass sie zugunsten von Regeln für die Interaktion zwischen Fremden völlig entethisiert werden sollten, sondern nur, dass die familienethische Dimension der Personenbeziehungen nicht dazu beiträgt, ihre rechtliche Bedeutung zu erhöhen; im Gegenteil, je ethischer die Familie ist, desto weiter ist sie vom Recht entfernt und desto näher ist sie der Moral und daher umso weniger typisch im rechtlichen Denken. Was die Zusammensetzung der Rechtsnormen betrifft, so sind auch im Bereich des Familienrechts die meisten Regeln immer noch vermögensrechtliche Regeln – vermögensrechtliche Regeln zwischen Verwandten – und es gibt nur sehr wenige Regeln für reine Statusbeziehungen, und zwar gerade deshalb, weil das Recht umso machtloser ist, je reiner die Statusbeziehungen sind, und es auf eine moralische Regulierung verzichten muss, während vermögensrechtliche Regeln zwischen Verwandten, besonders im Rahmen der Verwandtschaft, Sondergesetze des allgemeinen Vermögensrechts sind und naturgemäß „nicht so allgemein wie die beiden Bücher des Schuld- und Sachenrechts sind". Daher kann nur das Vermögensrecht, und zwar das Vermögensrecht ohne Verwandtschaftsbeziehung, das typische Denkmodell und den Prototyp der Normen des Zivilrechts darstellen.

3. Modell der dreifachen Teilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil

Nach der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht und der Aufwertung von Schuld- und Sachenrecht zu einer Dichotomie wurden das Schuldrecht und das Recht an Vermögensinteressen in eine einheitliche Regelung überführt. In diesem Moment ist es nicht mehr angebracht, allgemeine Regeln für das Schuldrecht allein aufzustellen, während das Schuldrecht und das Vermögensrecht, die sich auf der Grundlage des Sachenrechts ausgeweitet haben, konvergieren und den Normengehalt stark erhöhen. Die Rechtsnormen wären kompliziert und zersplittert, wenn sie nicht durch die Extrahierung gemeinsamer Faktoren systematisiert würden. Aus diesem Grund stützt sich Prof. *Su* auf das niederländische Nieuw BW und stellt einen allgemeinen Teil des Vermögensrechts auf, „so dass er eine ähnliche Funktion wie der AT Schuldrecht in dem Modell der 5-Teilung übernimmt, nur mit einem breiteren Anwendungsbereich, und die Normen des Sachenrechts einschließt, die in der Vergangenheit außerhalb der Reichweite des AT Schuldrecht lagen".[34] Auf diese Weise hat das Große ZGB zwei Ebenen des allgemeinen Teils – auf den Allgemeinen Teil des gesamten Gesetzbuches auf der höheren Ebene folgt der Allgemeinen Teil des Vermögensrechts auf der mittleren Ebene (Allgemeine Regeln des Vermögensrechts).

Das dritte Buch über rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse besteht wiederum aus zwei Titeln, dem ersten über die „Entstehung von rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnissen" und dem zweiten über „Verschiedene rechtsgeschäftliche Rechtsverhält-

[34] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.

nisse“. Inhaltlich handelt es sich beim ersten Titel um allgemeine Bestimmungen über rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse, die als allgemeine Regeln über rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse bezeichnet werden können, während der zweite Titel den besonderen Teil darstellt. Die allgemeinen Regeln über rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse sind der kleine Allgemeine Teil innerhalb des Teilbuches, und zusammen mit den beiden Allgemeinen Teilen auf der höheren und mittleren Ebene hat das Große ZGB drei Allgemeine Teile in abnehmender Reihenfolge der Abstraktion. Das vierte Buch zu gesetzlichen Rechtsverhältnissen kennt jedoch keine klare Aufteilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil, so dass die „Entstehung der gesetzlichen Rechtsverhältnisse“ in der Tat auch die „verschiedenen gesetzlichen Rechtsverhältnisse“ sind.

Das deutsche BGB hat neben dem Allgemeinen Teil des gesamten Gesetzbuchs jeweils einen Allgemeinen Teil in den Teilbüchern. Das Große ZGB verfügt über eine zusätzliche Schicht, die zwischen dem Allgemeinen Teil des gesamten Kodex und dem Allgemeinen Teil der Teilbücher verortet ist und in der folgenden Formel ausgedrückt werden kann: Allgemeiner Teil des gesamten Gesetzbuchs x {Allgemeine Regeln des Vermögensrechts x [Rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse = Allgemeiner Teil der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse x (verschiedene rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse) + gesetzliche Rechtsverhältnisse] + Familienrecht + Erbrecht}.

4. Zweiteilung in rechtsgeschäftliche und gesetzliche Rechtsverhältnisse

Die Zweiteilung in rechtsgeschäftliche und gesetzliche Rechtsverhältnisse ist die innovativste stilistische Einrichtung des Großen ZGB, und in gewisser Weise liegt hier die endgültige Lösung für die Kritik von Prof. *Su* an der traditionellen Pandektistik. Um mit Jacobs Worten zu paraphrasieren: „Das systemische Merkmal der Kodifizierung des Großen ZGB sind weder die 6-Teilung noch die Struktur der Voranstellung des allgemeinen Teils, sondern die scharfe Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen.“ Aber gerade auf der Grundlage der Dichotomie von rechtsgeschäftlicher Bestimmung und gesetzlicher Anordnung hat Prof. *Su* am wenigsten geschrieben, und deshalb ist es notwendig, die Schritte des Autors ein wenig zurückzuverfolgen.

Obwohl die Trennung von Schuld- und Sachenrecht zu einer Trennung von Schuld- und Vermögensrecht aufgewertet wurde, bilden nicht das Schuldrecht und das Vermögensrecht die beiden Bücher des Vermögensrechts, sonst wäre das neue Gesetzbuch nur eine erweiterte Version der alten Trennung von Schuld- und Sachenrecht, was nicht dazu beitragen würde, das Dilemma dieser Trennung – dickeres Schuldrecht und dünneres Sachenrecht, zu lindern. Um das Dilemma zu lösen, ist es nach Ansicht von Prof. *Su* notwendig, die Vermögensrechte in die relationale Schiene zu bringen, das Verhältnis zwischen Forderungen und Rechten an Vermögensinteressen (dinglichen Rechten) aus der Perspektive der persönlichen und dinglichen Beziehun-

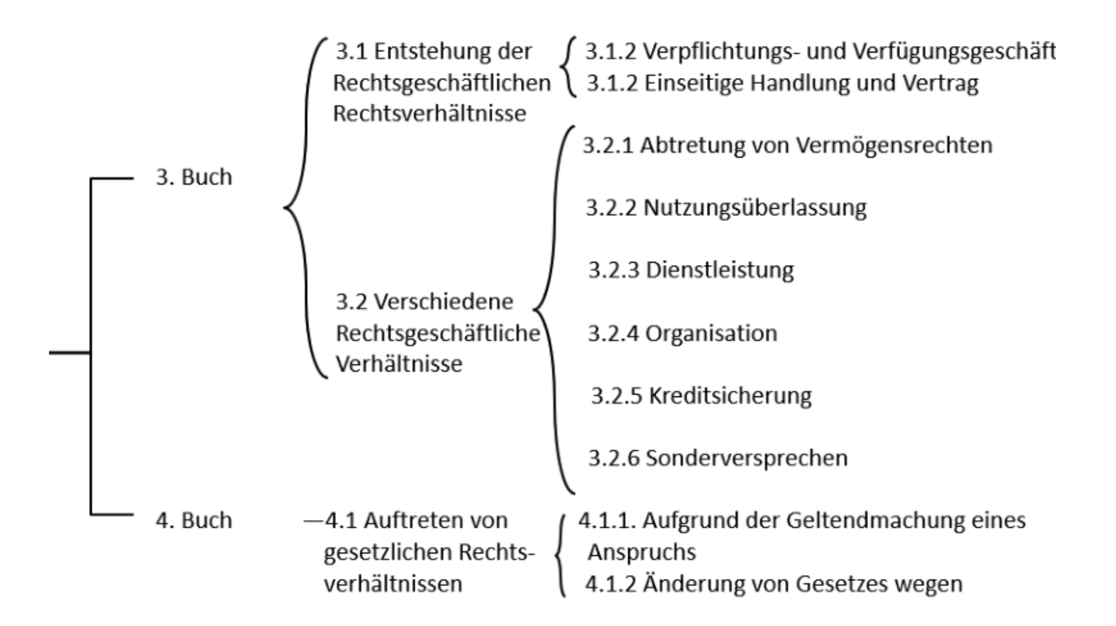
gen neu zu untersuchen, die Gemeinsamkeiten und nicht die Unterschiede zwischen Forderungen und Rechten an Vermögensinteressen (insbesondere dinglichen Rechten) hervorzuheben und diese Gemeinsamkeiten als Grundlage für die Normenzuordnung zu nutzen. Dies bedeutet, dass für das Große ZGB eigene Kriterien für die Aufteilung in Bücher geschaffen werden müssen.

Die vier Teilbücher des deutschen BGB entsprechen vier Kategorien von Rechten, und in diesem Sinne können die Kriterien für die Aufteilung in Bücher als Rechtstypen bezeichnet werden. Die Rechte können sowohl in Bezug auf deren Gegenstand als auch auf deren Wirkung definiert werden, und das Schuldrechtsbuch und das Sachenrechtsbuch können beides sein – der Unterschied zwischen Schuld- und Sachenrecht besteht sowohl in Bezug auf den Gegenstand als auch auf die Wirkung. Die Kriterien für die Aufteilung können auch aus der Perspektive von Rechtsnormen beobachtet werden. Bei Rechtsnormen wird zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen unterschieden. Die abgetrennte Kodifizierung von Schuld- und Sachenrecht hebt den Unterschied in der Rechtswirkung hervor. Eines der Ziele des Großen ZGB ist die Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht, weshalb es nicht mehr angebracht ist, die Typen der Rechte als Kriterium für die Aufteilung zu verwenden, sei es unter dem Gesichtspunkt des Gegenstands oder der Wirkung; es entspricht dem Ziel der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht auch nicht, mit persönlichen und dinglichen Beziehungen das Schuld- und Sachenrecht neu zu definieren und ein Buch der persönlichen Beziehungen und eins der dinglichen Beziehungen einzurichten. Ebenso wenig ist es möglich, den Unterschied zwischen den Rechtsfolgen von Forderungen und Vermögensrechten aus der Sicht der Rechtsnormen herauszuarbeiten und eine darauf basierende Kodifizierung zu schaffen. Daher ist der Ansatz der Tatbestandsvoraussetzungen von Rechtsnormen fast die einzige Option, die für eine Aufteilung in Betracht käme.

Da es sich um eine Aufteilung auf der ersten Ebene des Kodex handelt, ist es nicht ratsam, bei den Kriterien der Tatbestandsvoraussetzungen zu technisch zu sein, da dies den Anwendungsbereich beeinträchtigen würde. Logischerweise lassen sich die Tatbestandsvoraussetzungen der ersten Ebene entweder als Rechtsfolgen nach dem Willen der Parteien oder als Rechtsfolgen *ipso iure* zusammenfassen – daraus ergibt sich natürlich eine Dichotomie zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen, und rechtsgeschäftliche Forderungen und rechtsgeschäftliche Vermögensrechte (dingliche Rechte) können logischerweise in dasselbe Kapitel eingeordnet werden, während gesetzliche Forderungen und gesetzliche Rechte an Vermögensinteressen (dingliche Rechte) in einem separaten Buch behandelt werden. Prof. *Su* weist darauf hin: „Daher werden sowohl das Buch der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse als auch das der gesetzlichen Rechtsverhältnisse die Normen über die „Entstehung“ von Rechten und Pflichten erfassen, und ihre Rechtfertigung und Notwendigkeit beruhen auf der Entscheidung des freien Willens oder der notwendigen Verstärkung oder Auffüllung der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse, die den Charakter eines in die Privatrechtsautonomie eingebauten Billigkeitsmechanis-

mus hat".[35] Auf diese Weise werden Schuld- und Sachenrecht zusammengeführt und die Grenzen der privatrechtlichen Autonomie deutlich aufgezeigt.

Inhaltlich zeigt die folgende Abbildung das Buch der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse und das der gesetzlichen Verhältnisse:[36]



Die Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht (Vermögensinteresse) ist in drei Büchern zusammengefasst und hat die drei repräsentativsten Typen: 3.2.2 Nutzungsüberlassung (Miete und Pacht, eingeschränkte Grunddienstbarkeit und eingeschränkte Personendienstbarkeit, Darlehen, Verbrauchsdarlehen); 3.2.5 Bürgschaft (Hypothek, eintragungsfähige Belastung aus dem eintragungsfähigen Vermögens-

---

[35] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 75.

[36] Die rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse sind in zwei Titel unterteilt, „3.1 Entstehung der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse" und „3.2 Verschiedene rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse", deren Inhalt in etwa dem Allgemeinen Teil bzw. dem Besonderen Teil entspricht, während die gesetzlichen Rechtsverhältnisse nur ein Buch, nämlich „4.1 Auftreten von gesetzlichen Rechtsverhältnisse" enthalten. Der Verfasser hat Prof. *Su Yeong-Chin* gebeten, zu bestätigen, dass es keinen Unterabschnitt im Buch „die gesetzlichen Rechtsverhältnisse" gibt, sondern dass es direkt unter dem „Buch" zwei Kapitel – „Aufgrund der Ausübung von Rechten" und „Änderungen ohne Ausübung von Rechten" – gibt, in denen die Überschrift des Unterkapitels „4.1 Entstehung von gesetzlichen Rechtsverhältnissen" ein Versehen ist. Der Verfasser vermutet, dass das Buch über die gesetzlichen Rechtsverhältnisse in der ursprünglichen Fassung ebenfalls in zwei Unterkapitel unterteilt war, nämlich „Entstehung von gesetzlichen Rechtsverhältnissen" und „Verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse", wie im Falle des Kapitels über die rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse. In der Praxis handelt es sich bei den verschiedenen Arten der Entstehung gesetzlicher Rechtsverhältnisse jedoch um verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse, so dass ein gesonderter Unterabschnitt über „verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse" nicht erforderlich ist. Siehe unten für weitere Einzelheiten.

interesse, Pfand, Finanzierungsleasing und Factoring, Sicherungsabtretung, Bürgschaft und Bürgschaft für Arbeitnehmer); 4.1.1 Aufgrund der Geltendmachung des Anspruchs (GoA, Anspruch an Vermögensinteressen, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung). Die drei Typen lösen die Grenzen zwischen Forderungen und dinglichen Rechten (Vermögensinteressen) in drei Aspekten vollständig auf: Nutzung, Sicherheit und (dingliche) Ansprüche.

Um die Logik der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht besser zu verstehen, wird das Beispiel des Nießbrauchs kurz erläutert. Bei Miete und Pacht gibt es zwei Arten der Nutzung, nämlich schuldrechtliche Nutzung und vermögensrechtliche Nutzung, welche weiter in die Nutzung von unbeweglichen Sachen (Bewirtschaftungsrecht), Erbbaurecht (Landnutzungsrechte am Bauland, Nutzungsrecht an Heimstättenland), Agrarzuchtrecht (das Recht zur Übernahme und Bewirtschaftung von Land), Wohnrechte und andere eintragungsfähige Nutzungsrechte an Vermögensinteressen unterteilt werden kann; anschließend gehört Miete und Pacht zusammen mit der beschränkten Grund- und Personendienstbarkeit, dem Darlehen und dem Verbrauchsdarlehen zu einer höheren Stufe der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse der Nutzungsüberlassung. Auf diese Weise werden Rechtsverhältnisse, die traditionell entweder im Schuldrechtsbuch (Miete und Pacht, Darlehen und Verbrauchsdarlehen) oder im Sachenrechtsbuch (Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen, Erbbaurechte, Agrarzuchtrecht, Wohnrechte, beschränkte Grunddienstbarkeiten und Personendienstbarkeit) verortet, aber in ihrer Funktion ähnlich sind, harmonisch nebeneinander zusammengeführt, und mit der offenen Bestimmung der „sonstigen eintragungsfähigen Nutzungsrechte an Vermögensinteressen" werden die Fesseln des *numerus clausus* beseitigt.

IV. Begriffliche Rekonstruktion im Großen ZGB

Mit dem Großen ZGB soll ein neues Paradigma der Kodifikation auf der Grundlage der Pandektistik geschaffen werden, und deshalb muss es nicht nur in seinem Kontext verstanden, sondern auch auf seine Überzeugungskraft hin überprüft werden. Um ein Paradigma aufzugeben, muss man sich generell fragen: Was sind die Schwächen des Paradigmas? Können die Mängel innerhalb des festgelegten Rahmens behoben werden? Sind die Mängel schwerwiegend genug, um das Überleben des Paradigmas zu gefährden? Um ein neues Paradigma zu etablieren, muss man sich fragen: Reicht das neue Paradigma aus, um die Unzulänglichkeiten des alten zu überwinden? Werden durch die Überwindung der Mängel neue und größere Mängel geschaffen? Hat das neue Paradigma eine größere Erklärungskraft und Anpassungsfähigkeit? Es ist nicht möglich und vielleicht auch nicht notwendig, jedes Detail des alten und des neuen Paradigmas zu untersuchen, um diese Fragen zu beantworten. Begriffe, Normen und Systeme sind die drei Grundelemente des positiven Rechts. In Anbetracht der Tatsache, dass sich das Große ZGB noch im Entwurfsstadium befindet und

die Einzelheiten der Normen noch nicht vorgelegt wurden, wird in diesem Beitrag versucht, zwei Elemente zu prüfen, nämlich die Begriffe und das System.

Dieser Abschnitt beginnt mit Begriffen.

Die erste Aufgabe des neuen Paradigmas sollte darin bestehen, das begriffliche System zu rekonstruieren und es mit der Teilung von Schuld- und Sachenrecht als Durchbruchsstelle in den beiden Schienen von Rechten und Rechtsobjekten voranzutreiben. Was die Rechte betrifft, so ist Prof. *Su* der Ansicht, dass „solange der Begriff der dinglichen Rechte erweitert wird, ihre nahtlose Verbindung mit Forderungen möglich und es nicht mehr notwendig ist, sich in Zwischenbegriffe wie die Verdinglichung von Forderungen oder die Verschuldlichung von dinglichen Rechten zu verstricken, wie es in der Vergangenheit unter dem Grundsatz des *numerus clausus* dinglicher Rechte der Fall war, was zu Verwirrung in der Lehre geführt hat“.[37] In Bezug auf die Schiene des Gegenstands weist Prof. *Su* darauf hin, dass „sobald die Offenheit zur Schaffung von Vermögensrechten ihre Funktionen von der traditionellsten Herrschaft und Erlangung bis hin zu ihrem Anspruch auf Gegenleistung und sogar zur Berufung auf ein reines Schuldverhältnis ausdehnen kann, muss der Begriff der Sache mit ihm gelockert werden. Das Zusammenwirken der beiden würde eine vollständigere Wahl zwischen dem Schuld- und Sachenrecht ermöglichen“.[38] Die folgenden Beobachtungen und Prüfungen orientieren sich an diesen beiden Punkten.

1. Rechte

a) Begriffe und deren Zwischenzustände

Die begriffliche Struktur der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht im BGB verkennt nach Ansicht von Prof. *Su* die Natur der dinglichen Rechtsverhältnisse, führt zu einer Starrheit der Begriffe und löst damit immer mehr Zwischenzustände wie die Verdinglichung von Forderungen, z. B. Kauf bricht nicht Miete und quasi-dingliche Rechte wie das Vorkaufsrecht aus; Realobligationen finden ebenfalls nur schwer einen geeigneten Platz in der Trennung von Schuld- und Sachenrecht. Tatsächlich liegen die von Prof. *Su* aufgezeigten Zwischenzustände vor. Die Frage ist, sind diese Zwischenzustände ein Mangel des Begriffs oder dessen inhärente Eigenschaft?

Die am meisten distribuierte logische Unterteilung von Begriffen ist die Dichotomie von A und Nicht-A. Um sich der distribuierten Logik anzunähern, wird bei der Einordnung von Begriffen in der Rechtswissenschaft häufig auch eine Dichotomie gewählt. Neben der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht gibt es eine Vielzahl weiterer paradigmatischer Dichotomien, wie z. B. Realakt und Rechtsgeschäft, einseitiges Rechtsgeschäft und beiderseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag), Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, absolute und relative Rechte usw. Tatsächlich kann jedoch

[37] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71.
[38] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71.

keine Dichotomie in der Rechtswissenschaft und allen nicht-formalen Wissenschaften so distribuiert sein wie die formale Logik. Dies äußert sich hauptsächlich in zwei Aspekten. Zunächst einmal kann die Dichotomie nicht alle Klassifikationsobjekte abdecken. Rechtsgeschäfte sind nicht auf einseitige oder zweiseitige beschränkt, sondern umfassen auch mehrseitige Rechtsgeschäfte (Gesamtakt,[39] Beschluss). Die Folgen von Rechtsgeschäften beschränken sich auch nicht auf Verpflichtungen oder Verfügungen, sondern können nicht selten kraft der Gestaltungswirkung die Änderungen der Rechtsverhältnisse unmittelbar herbeiführen; die Statushandlung liegt außerhalb dieses Klassifizierungsstandards. Zweitens kann die Dichotomie keine Entweder-oder-Grenze konstruieren. Zwischen Realakten und Rechtsgeschäften gibt es immer noch quasi-Rechtsgeschäfte mit den Merkmalen sowohl von Realakten als auch von Rechtsgeschäften; zwischen relativen Rechten und absoluten Rechten, außer den von Prof. *Su* hingewiesenen verdinglichten Forderungen, quasi-dinglichen Rechten und Realobligationen bestehen noch schwer einzuordnende Gestaltungsrechte und Statusrechte.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Dichotomie bedeutungslos ist. Definition und Klassifikation als Erkenntnismittel sind trotz der großen Mängel immer noch grundlegende Mittel und unverzichtbar. Bei den Pfeilern, Balken, Pfetten und Sparren des juristischen Denkens ist nicht jedes Bauteil gleich wichtig. Die Hauptstruktur des Gebäudes wird von Pfeilern und Balken getragen. Obwohl die Pfetten ihre eigenen Funktionen haben, müssen sie auf Pfeilern und Balken basieren. Die Dichotomie umreißt oft die Säulen, welche paradigmatische Bedeutung innehaben.

Die Dichotomie zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und Verträgen stellt die Bedeutung des Unterschieds dar, ob eine Willenserklärung einer Partei bereits ausreicht oder der Konsens von beiden benötigt wird, weshalb Rechtsgeschäfte gemeinschaftliche Akte und Beschlüsse usw. miteingeschlossen sind. Darauf finden entweder die Regeln des einseitigen Rechtsgeschäfts (z.B. Außenverhältnis des gemeinschaftlichen Rechts wie Ausübung des Kündigungsrechts durch mehrere Personen) oder die Regeln des Konsenses (z.B. Mehrheitsbeschluss) Anwendung. Daher ist die Dichotomie von einseitigen Rechtsgeschäften und Verträgen die Säule und der Balken, welche nicht nur den Rahmen für die Grundregeln von Rechtsgeschäften bilden, sondern auch ein Modell für andere Rechtsgeschäfte bieten.[40] Ebenso stellen Verpflichtung und Verfügung die beiden Grundformen des Rechtsverkehrs dar, die auch für vermögensrechtliche Handlungen paradigmatisch sind: Eine Änderung des Rechtsverhältnisses durch andere Rechtshandlugen (z.B. Gestaltungshandlung)

---

[39] Die Bedeutung dieses Begriffs „Gesamtakt“ (共同行为) ist umstritten, allgemein versteht man darunter ein mehrseitiges Rechtsgeschäft mit gleichgerichteten Willenserklärungen mehrerer Personen, was im deutschen Recht unter dem Begriff „Beschluss“ erfasst wird; im chinesischen Recht wird der Beschluss hingegen von einem Teil der Lehre als ein besonderer Subtyp des Gesamtaktes betrachtet (Anmerkung der Übersetzerin; Einzelheiten vgl. *Yuanshi Bu*, Chinese Civil Code, Kap. 9 Rn. 16, 17).

[40] *Zhu Qingyu*, AT Zivilrecht, 2. Aufl., Peking University Press, 2016, 136–138.

stellt eine Ausnahme dar und vermag das Bild der vermögensrechtlichen Handlungen nicht zu repräsentieren. So liegt der Wert der Dichotomie möglicherweise nicht darin, ob sie distribuiert genug ist, sondern ob sie ausreicht, um ein Paradigma zu etablieren.

Neben einer unvollständigen Abdeckung manifestiert sich eine unvollständige Klassifizierung auch darin, dass es die Dichotomie schwierig macht, den Zwischenzustand aufzulösen. Prof. *Su* stellte die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht in Frage, und auch darauf liegt der Fokus.

Es ist unbestreitbar, dass die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht viele schwer zu klassifizierende Zwischenzustände hervorbringt, aber diese Zwischenzustände sind nicht nur auf die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht beschränkt, sondern viele privatrechtliche Begriffe stehen vor demselben Problem. Nehmen wir die Dichotomie zwischen Realakt und Rechtsgeschäft als ein Beispiel. Diese Einteilung schafft nicht nur ein Quasi-Rechtsgeschäft zwischen den beiden, auch innerhalb von Realakt und Rechtsgeschäft ist sie alles andere als einheitlich. Schöpfung, Besitz und GoA sind alle faktische Handlungen, aber das Gewicht des Willensfaktors ist sehr unterschiedlich, wobei sich die drei Handlungen in der Reihenfolge immer mehr dem Rechtsgeschäft annähern und die GoA nur durch die Genehmigung des Geschäftsherrn in einen rechtsgeschäftlichen Auftrag umgewandelt werden kann, so dass Werner Flume sie „Realakte mit Verselbständigung des Willensmoments" nannte.[41] Bei einseitigen Rechtsgeschäften, Verträgen und Beschlüssen nimmt der Einfluss einer Partei auf die Rechtsfolgen immer sukzessiv ab, so dass die Rechtsfolge bei den Mehrheitsbeschlüssen in Bezug auf die Willenserklärungen der Minderheit, die sich dem Beschluss widersetzt, fast wie „gesetzlich" angeordnet wirkt. Auf diese Weise ist bei der scheinbar scharfen Dichotomie von Realakt und Rechtsgeschäft nach ein wenig eingehender Betrachtung festzustellen, dass Handlungen, die zu den beiden Handlungstypen gehören, in ihrer spezifischen Zusammensetzung die Merkmale eines sich allmählich ändernden Farbspektrums aufweisen. Wenn man Schöpfung und einseitiges Rechtsgeschäft als die beiden Enden betrachtet, dann befinden sich Besitz, GoA, Beschluss und Vertrag zwischen den beiden Enden, wobei die Farbe der rechtsgeschäftlich bestimmten Rechtsfolge allmählich stärker wird, bis ein bestimmter Punkt erreicht wird, an dem die Handlung einem Rechtsgeschäft zugeordnet wird.

Die Zwischenzustände der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht sind auch eine spezifische Erscheinungsform der graduellen Chromatographie. Wenn man die Forderungen aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag und das Eigentum als die beiden Enden nimmt, liegen Nutzungsrechte wie das kostenlose Darlehen (Leihe), bezahlte Miete und Pacht, vorgemerkte und in der Wirkung gestärkte Kaufverträge, Erbbaurechte (Landnutzungsrechte) und dingliche Sicherungsrechte wie Hypothekenrechte,

---

[41] *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 111.

in verschiedenen Positionen zwischen den beiden Enden, wobei sich die Wirkung allmählich von relativ (persönlich) zu absolut (dinglich) ändert, bis deren Absolutheit einen bestimmten Punkt erreicht, dass sie als dingliche Rechte eingestuft werden. Was die Rolle des *numerus clausus* dinglicher Rechte angeht, so stärkt sie vielleicht nur die Trennung und Abgrenzung zwischen relativen und absoluten Wirkungen und ist nicht der Verursacher der Zwischenzustände, weil die Frage, ob sich die Wirkung von Rechten auf bestimmte oder unbestimmte Personen erstreckt, nur eine natürliche Eigenschaft von deren Wirkungsstrahlung ist und es nicht anders sein wird, selbst wenn der *numerus clausus* dinglicher Rechte nicht befolgt wird. Gerade deshalb besteht im System von Prof. *Su* nach der Abkehr von dem *numerus clausus* dinglicher Rechte noch ein Unterschied im Grad der persönlichen (relativen) und der dinglichen (absoluten) Wirkung verschiedener Vermögensrechte, so dass es nötig ist, verbunden mit subjektiven und objektiven Kriterien in der Anordnung der persönlichen und dinglichen (Beziehungen) zwischen rein persönlichen Beziehungen, rein dinglichen Beziehungen und verschiedenen Mischbeziehungen zu unterscheiden. Dies kann darauf hindeuten, dass die durch die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht verursachten Zwischenzustände weder unbedingt ein Mangel in der Begriffsklassifikation sind, noch auf die Starrheit der Klassifizierungsstandards zurückzuführen, sondern vielleicht nur die inhärente Eigenschaft eines Rechtsbegriffs sind.

Unter dem Einfluss der formalen Logik glauben Juristen, dass die Klassifikation von Begriffen „Entweder-Oder“ betont,[42] und wenn sie nicht logisch widersprüchlich sind, sind sie zumindest entgegengesetzt. Dementsprechend werden abstrakte Begriffe wie Forderungen (relative Rechte) und Sachenrechte (absolute Rechte) oft als sich gegenseitig ausschließende begriffliche Elemente verstanden.[43] Dieses Konzept erfordert, dass ein Begriff die Merkmale einheitlicher Elemente aufweist und die Zwischenzustände wegen der dadurch erfolgenden Beeinträchtigung der Reinheit des Begriffs eliminiert werden sollten. Das dadurch gebildete Begriffs- und Normensystem ist damit geschlossen. H.L.A. Hart wies darauf hin, dass dies der Weg ins „begriffliche Paradies der Rechtswissenschaft“ sei.[44] Tatsächlich haben nicht-formale Rechtsbegriffe und Rechtsnormen eine „offene Struktur“.[45] Jeder nicht-formale Begriff hat ein Bedeutungsfeld zwischen Kernbereich und Randbereich. Die Beziehung zwischen benachbarten Begriffen ist kein klippenartiges, sondern ein graduelles Farbspektrum, entsprechend sind Rechtsbegriffe keine abstrakten Begriffe der formalen Logik des „Entweder-Oder“, sondern Begriffe im Sinne

---

[42] *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, übersetzt von Wu Chung-Jau, Xin Xuelin Publishing Co. 1999, S. 109; *Karl Larenz*, Methode der Rechtswissenschaft, übersetzt von Huang Jiazhen, The Commercial Press, Ausgabe 2020, S. 591.

[43] Vgl. *Karl Larenz* (Fn. 42), 592.

[44] *H.L.A. Hart*, The Concept of Law 3rd Edition, übersetzt von Xu Jiaxin und Li Guanyi, Law Press, Ausgabe 2018, S. 194.

[45] *H.L.A. Hart* (Fn. 44), 191–192.

des Typus „Mehr-oder-Minder“.[46] Die begriffliche Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht bildet nur den Kaufvertrag und das Eigentum als Vorbild und den Standardtypus des Bedeutungskernbereichs (Normaltypus) ab, während relative Rechte und absolute Rechte jeweils Forderungen und Eigentum als ihre Vorbilder nehmen. Die verschiedenen Vermögensrechte mit dem Standardparadigma als die beiden Enden bilden zusammen eine „Typenfolge“, in der je schwerer (leichter) die Elementkomponente ist, sie sich desto mehr zum Ende neigt.[47]

Wie Prof. *Su* sagt, führt die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht unweigerlich Zwischenzustände herbei. In den Augen der „Begriffsjurisprudenz“, die die Formalisierung von Begriffen verfolgt, ist dies ein unerträglicher Mangel. Was den Mangel aber wirklich ausmacht, ist nicht die Existenz der Zwischenzustände, sondern das Anstreben der Formalisierung der Begriffe. Die Antwort sollte daher nicht darin bestehen, die Zwischenzustände zu eliminieren, um die formale Distribution eines Begriffs zu erhalten, sondern die Rechtfertigung für die formalen Begriffe zu reflektieren, der Natur der Dinge zu entsprechen, um die Substantiierung der Begriffe durch das Typusdenken zu verwirklichen. Verglichen mit dem formalen Begriff des „Entweder-Oder“ besteht einer der Vorteile des „Mehr oder weniger“-Typusdenkens darin, dass es das Gewicht der Elemente des Begriffs im Typus klar sehen kann, was hilft, die Vielfalt und Komplexität des spezifischen Typus zu erkennen, um die Eigenschaften von Normen der Übergangstypen und Mischtypen besser zu verstehen.[48] Dieter Medicus hat darauf hingewiesen, dass relative Rechte und absolute Rechte nur Idealtypen abbilden und es Mischformen zwischen den beiden gibt (z. B. relative Rechte mit einzelnen Drittwirkungen). Allerdings sind Mischformen nur Ausnahmen und ändern nichts an der Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Rechten, sondern basieren genau auf dieser Unterscheidung.[49] Gerade an der Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Rechten, so heißt es, lassen sich Mischformen erkennen und die entsprechenden Mischregeln auf der Grundlage einer genauen Unterscheidung der relativen und absoluten Wirkungen konfigurieren. Tatsächlich beruht das Vermögensrechtsystem, das von Prof. *Su*s neuem Paradigma auf der Grundlage persönlicher und dinglicher Anhaltspunkte konstruiert wurde, auch auf dem Typusdenken. Die Frage ist also, wenn das aus der Trennung von Schuld- und Sachenrecht mit der Prägung der Begriffsjurisprudenz resultierende „Dilemma“ der Zwischenzustände durch die Anpassung der Perspektive des Verständnisses hätte aufgelöst werden können, nämlich durch einen Wechsel vom „Entweder-Oder“-formalen Denken zu einem „Mehr-oder-Minder“-Typusdenken, ob es immer noch notwendig ist, ein anderes Vermögensrechtsystem zu schaffen.

---

[46] *Arthur Kaufmann* (Fn. 42), 109–111.

[47] *Karl Larenz* (Fn. 42), 589–590.

[48] *Karl Larenz* (Fn. 42), 591–592.

[49] *Dieter Medicus/Jens Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, Rn. 64.

b) Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht und Rechten an Vermögensinteressen

Das neue Vermögensrechtssystem orientiert sich an der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht, deren Grundstrategie darin besteht, „den Begriff der Sache zu erweitern", indem der *numerus clausus* dinglicher Rechte aufgegeben wird, um die Schranken zwischen Forderungen und dinglichen Rechten zu beseitigen.[50] Nach dieser Denkweise hält sich das neue Paradigma nicht mehr an den geschlossenen Begriff der dinglichen Rechte und baut das Vermögensrechtssystem mit den neu geschaffenen Begriffen der Rechte an Vermögensinteressen und der den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen neu auf. Die so genannten Rechte an Vermögensinteressen beziehen sich auf das Recht, welches bezüglich eines bestimmten Vermögensinteresses jedermann gegenüber geltend gemacht werden kann, während sich die den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen auf das Eigentum und das aus öffentlich-rechtlichen Vermögensinteressen umgewandte Privatrecht (die zugelassenen privatrechtlichen Befugnisse an öffentlichen Boden) beziehen. In der Folge ersetzt das neue System beschränkte dingliche Rechte mit dem Begriff der beschränkten Rechte an Vermögensinteressen und erweitert dessen Geltungsbereich entsprechend. Zu den beschränkten Rechten an Vermögensinteressen zählen neben den beschränkten dinglichen Rechten auch geistige Eigentumsrechte und sonstige beschränkte Rechte an Vermögensinteressen. Entsprechend bilden die den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen und beschränkten Rechte an Vermögensinteressen die Unterbegriffe der Rechte an Vermögensinteressen, während Forderungen, Rechte an Vermögensinteressen und nicht einforderbare Vermögensinteressen (Besitz) Vermögensrechte als den gemeinsamen Oberbegriff zugrunde legen.[51]

Auf diese Weise werden Vermögensrechte in drei Kategorien eingeteilt: Vermögensrechte, die gegen bestimmte Personen geltend gemacht werden können (Forderungen), Vermögensrechte, die gegen unbestimmte Personen geltend gemacht werden können (Rechte an Vermögensinteressen) und Vermögensrechte, die nicht geltend gemacht werden können (Besitz). Obwohl es sich um eine Dreiteilung handelt, ist es eigentlich das Ergebnis einer doppelten Zweiteilung: Der Maßstab ist jeweils „Geltendmachung" und „gegen eine bestimmte Person", daher kann die Logik als distribuiert bezeichnet werden. Forderungen als relative Rechte (gegen bestimmte Personen), dingliche Rechte als absolute Rechte (gegen unbestimmte Personen) und Besitz sind im bestehenden Begriffssystem auch dreigeteilt, weshalb äußerlich betrachtet der größte Unterschied zwischen der neuen und der alten Dreiteilung darin besteht, dass dingliche Rechte durch Rechte an Vermögensinteressen ersetzt werden. In diesem Sinne kann man tatsächlich sagen, dass dingliche Rechte – zu Rechten an Vermögensinteressen „erweitert" wurden. Eigentlich ist aber schwer zu sagen, dass

---

[50] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71.
[51] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71–72.

der Begriff „dinglicher Rechte“ selbst erweitert wurde. Eine genauere Aussage könnte sein, dass das neue System eine höhere Ebene des Begriffs „Rechte an Vermögensinteressen“ auf der Grundlage des Begriffs der „dinglichen Rechte“ abstrahiert, welcher zu einem untergeordneten Begriff absteigt. Dementsprechend scheint die Bedeutung des neuen Systems vor allem darin zu liegen, dass der Kodex mit Hilfe des Begriffs der Rechte an Vermögensinteressen mehr absolute Rechte dinglicher Natur einschließt. Die Einbeziehung von mehr Rechtstypen ist ein wichtiges Anliegen, welches die Bezeichnung des Großen ZGB als „groß“ rechtfertigt.

Ein Zivilgesetzbuch, welches alle Rechte des Privatrechts aufnehmen kann, hat natürlich seine Vorteile in der umfassenden Aufzählung und Verdeutlichung des Reichtums der Privatrechte. Aber dieser Vorteil scheint nicht auszureichen, um ein äußerst detailliertes Zivilgesetzbuch zu stützen. Denn neben der Integration von Normen muss die Bedeutung des Kodex auch Faktoren wie Stabilität, Intensität, Systematik und Logik berücksichtigen, sonst wird ein durch die Stapelung der Einzelgesetze gebildeter Kodex nicht frei von Kritik. Die Frage, inwieweit das Große ZGB privatrechtliche Rechte abdeckt, um als ideal angesehen zu werden, ist umstritten. Dieser Beitrag lässt es vorerst beiseite und wird nur kurz auf das System der Rechte an Vermögensinteressen eingehen.

Die Bedeutung der Schaffung des Begriffs der Rechte an Vermögensinteressen beschränkt sich natürlich nicht auf den Aufbau einer zusätzlichen begrifflichen Rahmenebene zwischen herkömmlichen dinglichen Rechten und Vermögensrechten. Um mehr Vermögensrechte logisch distribuierter unterzubringen, hat das neue System dann neue Begriffe wie die den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte an Vermögensinteressen und beschränkten Rechte an Vermögensinteressen, von denen die den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen die originellsten sind. Die den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen können verwendet werden, um alle „Primärrechte im Privatrecht“ zu bezeichnen, „alle Rechte, die nach dem Gesetz Primärinteressen haben, können weiter aufgespalten werden, um ein Verhältnis von Rechten und Pflichten gegenüber der Welt herzustellen; diejenigen unter denen, deren Befugnisse keinen spezifischen Inhalt aufweisen, sondern der Rest der von gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Bestimmungen abgezogenen Rechte sind, sind die den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte an Vermögensinteressen“.[52] Hinsichtlich der Ausdehnung gibt es neben dem Primäreigentum im herkömmlichen Sinne einen weiteren markanten und wichtigen Typ von den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechten an Vermögensinteressen, nämlich Landnutzungsrechte in China an staatlichem Boden. Landnutzungsrechte werden schon immer als beschränkte dingliche Rechte charakterisiert, aber Prof. *Su* glaubt, dass „obwohl seine Gesamtbefugnisse immer noch durch das vom Staat vorbehaltene Eigentum begrenzt sind und nicht als Eigentum bezeichnet werden sollten, seine Konnotation jedoch eine Art von den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechten an Vermö-

---

52 *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 72.

gensinteressen im Privatrecht ist: Es kann dem Rechtsinhaber ermöglichen, die erste Segmentierung nach unten vorzunehmen und die verbleibende Eigentumsbefugnis zu behalten, die sich nicht vom Eigentum am Haus unterscheidet, das in Privatbesitz sein könnte, jedoch von den beschränkten Rechten an Vermögensinteressen unterscheidet, die sich auf die gesetzlich oder rechtsgeschäftlich bestimmten Befugnisse beschränken; das eine ist die negative Auflistung (des Inhalts) und das andere ist eine positive Auflistung (des Inhalts).“[53]

Mit den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte an Vermögensinteressen die hoch öffentlich-rechtlich geprägten Landnutzungsrechte zu erfassen und gegenüber dem herkömmlichen Eigentum zu stellen, kann die privatrechtliche Wirkung von Landnutzungsrechten unter der Prämisse der Achtung des öffentlichen Eigentums am stärksten hervorheben und zeigt auch die durch die Systemneutralität herbeigeführte Inklusion des Großen ZGB. Es ist daher eine hoch innovative institutionelle Einrichtung.[54] In diesem Sinne ist der Begriff der den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen sehr sinnvoll und Prof. *Su* hat es auch gut gemeint. Allerdings müssen die Vor- und Nachteile dieser Maßnahme berücksichtigt werden.

Konzeptionell werden Landnutzungsrechte und das Eigentum den den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechten an Vermögensinteressen zugeordnet. Die ursprünglich im Eigentum gespeicherte Information der „absoluten Willensherrschaft“ kann dadurch verwässert werden; zudem haben beide Rechte das Merkmal „primär“ als ihre Gemeinsamkeit, so dass die Natur der „absoluten Willensherrschaft“ des Eigentums noch stärker verschleiert wird. Denn das „primär“ der vom Staat übertragenen Landnutzungsrechte und das des Eigentums als ein typisches Naturrecht sind nicht dasselbe. Ersteres ist im Wesentlichen das Produkt der öffentlichen Macht und wird von der öffentlichen Macht geprägt, während letzteres der Grund für die Erzeugung der

---

[53] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 72.

[54] Prof. *Zhang Wuchang* argumentiert auf der Grundlage seiner Forschungen über die Theorie der Pächterbauern und Taiwans Landreform, insbesondere der Verordnung über die Senkung der Pachtpreise für Ackerland, dass die privaten Eigentumsrechte das Recht auf Nutzung (oder das Recht, über die Nutzung zu entscheiden), das Recht auf freie Übertragung und das Recht auf ungestörte Nutzung der Einkünfte umfassen und dass „bei diesen drei Rechten das Eigentumsrecht (Ownership Right) nicht notwendig ist. „Und weiter heißt es: „Später, in den 1980er Jahren, war ich in der Frage der Wirtschaftsreform in China sehr dafür, das Eigentum problemlos als Staatseigentum beizubehalten, solange die oben genannten drei Rechte als privat definiert wurden. Das ist es, was Deng Xiaoping als „Sozialismus mit chinesischer Prägung“ bezeichnet hat, und ich glaube, er hat es selbst ausgedacht. Man kann sagen, dass große Helden ähnlich denken.“ *Zhang Wuchang*, Die Vorgeschichte und die Folgen der Theorie der Pachtlandwirtschaft, in seinem Buch, Die Theorie der Pachtlandwirtschaft – Anwendung auf die Landwirtschaft in Asien und die Landreform in Taiwan, übersetzt von Yi Xianrong und korrekturgelesen von Zhu Yang, Commercial Press, 2000, S. 33. Prof. *Su Yeong-Chin* vertritt die Auffassung, dass Landnutzungsrechte an öffentlichem Eigentum mit Eigentumsrechten gleichzusetzen sind, und scheint in gewissem Maße mit Prof. Zhang Wuchang ähnlich zu denken.

öffentlichen Macht ist und die Rechtfertigung der öffentlichen Macht prägt. Um beides widerstrebend zu kombinieren, zahlt das Große ZGB mit der Minderung des Autonomiecharakters den Preis für die Verdeutlichung der durch die Systemneutralität herbeigeführten Inklusion.[55] Wenn darüber hinaus die Schaffung des Begriffs der

[55] Dies betrifft auch die Rechtfertigung für die Anerkennung des *numerus clausus* der dinglichen Rechte. Einer der Gründe, die Rechtfertigung für den *numerus clausus* der dinglichen Rechte zu unterstützen, besteht darin, alte dingliche Rechte auszusortieren und das feudale Eigentumssystem aufzugeben. Das sogenannte Feudaleigentumssystem stellt im Wesentlichen ein von Feudalherren gebildetes Doppel- oder gar Mehrfacheigentumsverhältnis dar. In diesem Beziehungszustand ist jegliches Primäreigentum nicht absolut. „Eine der grundlegenden Veränderungen im Privatrechtssystem, die im frühen 19. Jahrhundert stattfanden, war die neue Definition des Eigentumsbegriffs." Der Kern der Veränderung liegt in der Ablehnung der Theorie des geteilten Eigentums und der Einführung eines abstrakten Begriffs des Eigentums mit voller Kontrolle über die Sache. Durch den *numerus clausus* der dinglichen Rechte kann Eigentum nur noch die volle Kontrolle über das Eigentum sein, und die qualitative Aufteilung ist nicht mehr möglich. Der Begriff des abstrakten Eigentums entstand als Reaktion auf die Bedürfnisse des Schutzes privater Rechte und freier Märkte. *Wolfgang Wiegand*, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilistischen Dogmas, übersetzt von Chi Ying, korrekturgelesen von Wang Hongliang, in: Wang Hongliang/Zhang Shuanggen/Tian Shiyong (Hrsg), Archiv für Deutsch-chinesisches Privatrecht (Volume 2), Peking University Press, 2007, S. 91–92; *Wolfgang Brehm/Christian Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl., 2014, § 1 Rn. 38; *Wolfgang Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), S. 119. Prof. *Su* sah scharf, dass feudale Eigentumsrechte die Vertragsfreiheit behinderten, glaubte aber, dass der Feudalismus nicht mehr zeitgemäß ist. Nachdem das Feudalsystem in die Geschichte eingegangen ist, wird es zu einem Werkzeug der feudalen ‚Restauration'." „In einer Gesellschaft, in der der Konsens über das marktwirtschaftliche System gereift ist, sollte dieses alte Argument nicht als Grund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit verwendet werden." *Su Yeong-Chin*, Das System der zivilen Eigentumsrechte unter der Lockerung der *numerus clausus*-Doktrin des Eigentums – erneute Prüfung der Möglichkeit eines Zivilgesetzbuches auf dem Festland, in: ders. Auf der Suche nach einem neuen Zivilrecht (Erweiterte Ausgabe), Peking University Press, Nachdruck 2014, S. 145. Das Feudalsystem kann nicht unbedingt wiederhergestellt werden, aber es bedeutet nicht, dass das Eigentum von der Gefahr der qualitativen Teilung befreit ist, so dass die Betonung der Absolutheit des Eigentums mit Hilfe des *numerus clausus* nicht nur im Feudalsystem notwendig sein kann. Der eigentliche Sinn der Ablösung der alten dinglichen Rechte durch den *numerus clausus* mag nicht darin bestehen, sich gegen das Feudalsystem, sondern gegen die Eigentumsteilung im Feudalsystem zu widersetzen. D. h., solange ein substantielles Doppeleigentum besteht, das zu einer qualitativen Eigentumsteilung führt, insbesondere wenn es einen Kanal gibt, der zu einem rechtlichen Eingriff in das Eigentum führt, muss die Absolutheit des Eigentums durch ein bestimmtes Institut geschützt werden. Professor Baur und Prof. Stürner wiesen darauf hin, dass eine der Funktionen des Typenzwangs darin besteht, das Eigentum vor unvorhersehbaren und vielleicht untragbaren Belastungen und Beschränkungen zu bewahren. *Fritz Baur/Rolf Stürner*, Sachenrecht (Band 1), übersetzt von Zhang Shuanggen, Law Press, Ausgabe 2004, S. 8. Unabhängig davon, ob ein *numerus clausus* gesetzlich verankert ist, ist es für Privatpersonen schwierig, unvorhersehbare Beschränkungen des Eigentums anderer zu schaffen, da dies gegen den Geist der privatrechtlichen Autonomie verstößt und ihre Wirksamkeit im positiven Recht nur schwer anerkannt

den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen auf das chinesische Zivilgesetzbuch unter dem System des Staatseigentums zugeschnitten wäre, müssten die Universalität und die reine Positionierung des Großen ZGB als aktualisierte Version der Pandektistik möglicherweise geringfügig angepasst werden.

Technisch wird die Absolutheit des Eigentums durch die den Rechtsrahmen ausschöpfenden Rechte an Vermögensinteressen heruntergespielt. Das Problem, das im Begriffssystem auftreten kann, besteht darin, dass die Endpunkte des allmählichen Farbspektrums von relativen und absoluten Rechten verschwimmen werden. Der formale Begriff des „Entweder-Oder" ist zwar starr, aber nicht ganz unerwünscht. Wenn beim Erstellen einer Typenfolge die Farben an beiden Enden der Folge rein und klar sind, ist der chromatographische Verlauf zwischen den beiden Enden entsprechend klar. Ansonsten sind weder die abstrakten formalen Begriffe noch die konkrete Typenfolge leicht nachvollziehbar.

2. Objekt

a) Sachbegriff und Rechte an Vermögensinteressen

Der Argumentationsstrang nach Recht und der nach Objekt ergänzen sich. Gleichzeitig zur Erweiterung des Begriffs der dinglichen Rechte hat das neue System den Begriff der Sache auch entsprechend erweitert.[56]

Zum Begriff der Sache sagt Prof. *Su* zwar: „Auch im deutschen Ansatz der Fünfteilung ist das Objekt der dinglichen Rechte nicht auf Sachen beschränkt, sondern nimmt unter Umständen auch Forderungen, dingliche Rechte, geistige Eigentumsrechte etc. analog der beweglichen und unbeweglichen Sachen zum Zweck der Verpfändung oder Hypothekenbestellung auf. Mit den kontinuierlichen Veränderungen in der Gesellschaft hat sich der Begriff der Sache von körperlichen Sachen zu werthaltigen und beherrschbaren Ressourcen wie Raum, Licht, Elektrizität, Gas, Spektrum, Abrufzahlen und Daten ausgeweitet. Die verschiedenen Umweltveränderungen, denen das Große ZGB ausgesetzt ist, insbesondere aufgrund der tieferen Vermischung von Kontroll- und Autonomiefaktoren, gepaart mit der starken Senkung der Kosten für Registrierung und Zugang, machen es sinnvoll, das Objekt der dinglichen Rechte auf andere auf öffentlich-rechtlichen Kontrollen basierende und als verkehrsfähig zugelassene Vermögensinteressen wie unterschiedliche Quoten, Kennziffern, Rangfolgen und Flächenquoten usw. auszuweiten."[57] So wie bei der „Erweiterung" des Begriffs der dinglichen Rechte, ist es auch schwer zu sagen, dass der

---

wird; Wenn das Eigentum qualitativ geteilt werden könnte, sind die „Überraschungen", welche sich der vorgesetzte und untergeordnete Eigentümer gegenseitig geschaffen haben, wohl nicht allein mit dem Satz „Verletzung des Geistes der privatrechtlichen Autonomie" zu lösen, während derjenige, der am Ende lachen kann, bestimmt einer ist, der von der öffentlichen Macht gesegnet ist.

[56] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71; Näheres siehe unten.

[57] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 71.

Begriff der Sache selbst erweitert wird. Eine genauere Aussage scheint jedoch immer noch zu sein, dass der Begriff des Objekts dinglicher Rechte zu Objekt der Rechte an Vermögensinteressen erweitert wird und die Gegenstände dinglicher Rechte mit deren Abstieg zu einem Untertyp der Rechte an Vermögensinteressen auch eine Kategorie dieser Rechte darstellen und sich auf körperliche Sachen beschränken, während verschiedene Rechte (Forderungen, dingliche Rechte, geistige Eigentumsrechte, gesetzlich als verkehrsfähig angeordnete öffentliche Rechte wie Quoten und Kennziffer usw.) Objekt von „sonstigen Rechten an Vermögensinteressen“ und Raum, Rangfolge, Daten Objekt „sonstiger beherrschbarer Vermögensinteressen“ sind. Auf diese Weise spiegeln sich die aus dinglichen Rechten aufgewerteten Rechte an Vermögensinteressen in den aus Sachen aufgewerteten Vermögeninteressen wider, und das neue System kann so die umfassende Kapazität des Großen ZGB verwirklichen.

Da das Objekt der Rechte an Vermögensinteressen sowohl körperliche Sachen als auch verschiedene Rechte umfasst und das neue System auch die Begriffe der Sache und der dinglichen Rechte erweitern soll, besteht ein kleiner Zweifel daran, ob es natürlicher ist, den Begriff der Sache von der Beschränkung auf körperliche Gegenstände im deutschen Recht zu befreien und zu dem Begriff der Sache im weiteren Sinne des römischen und zeitgenössischen österreichischen Rechts zurückzukehren und mit nichtkörperlichen Sachen die Gegenstände der sonstigen Rechte an Vermögensinteressen jenseits der körperlichen Sachen zu bezeichnen. Auf diese Weise kann man wirklich sagen, dass der Begriff der Sache und der dinglichen Rechte erweitert ist und die Schaffung des neuen Begriffs der Rechte an Vermögensinteressen somit entbehrlich würde. Schließlich erschweren neu geschaffene Begriffe nicht nur die Verständlichkeit, sondern fügen auch eine Schicht des Begriffs der Rechte an Vermögensinteressen zwischen den herkömmlichen dinglichen Rechten und Vermögensrechten hinzu, was zu einem komplizierten Begriffssystem führt. Aber Prof. *Su* hat offensichtlich nicht die Absicht, in die alte Zeit zurückzukehren. Die Frage ist, wie man einerseits die Entkörperlichung von Gegenständen mit dem Begriff der Rechte an Vermögensinteressen realisieren und andererseits das geistige Erbe der Pandektistik vererben kann? Die Schwierigkeit liegt darin, dass die verschiedenen Gegenstände von Rechten an Vermögensinteressen weit auseinander liegen; wenn keine allgemeinen Regeln aufgestellt werden können, können die Rechte an verschiedenen Gegenständen keinen Einzug in den Kodex finden und es ist unvermeidlich, dass sie einfach übereinander gestapelt werden. Dies scheint den von Prof. *Su* betonten Merkmalen der hochgradigen Systematisierung des Kodex zu widersprechen.

Das neue System legt die Typen von Vermögensrechten und ihre entsprechenden Gegenstände zentral im zweiten Buch der „Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts“ fest, die als gemeinsame Regeln des Vermögensrechts dienen sollen. Dieser Schritt ist vergleichbar mit dem deutschen BGB, das das Objekt der Rechte in den Allgemeinen Teil verlegt, nur dass sich das deutsche BGB auf körperliche Gegenstände beschränkt und das neue System sämtliche Gegenstände der Rechte an Vermögensinteressen abdeckt. Dabei geht es um zwei Fragen: Erstens, warum be-

schränkt das deutsche BGB den Begriff der Sache auf körperliche Sachen? Zweitens, was ist der Grund dafür, die Objekte der Rechte als einen gemeinsamen Faktor in den allgemeinen Teil aufzunehmen?

b) Unterscheidung zwischen der weiten und der engen Bedeutung der Sachen

Im römischen Recht werden Sachen in einem weiten Sinne verstanden. Gaius' Institutionen definiert sie als „Sachen die entweder körperlich oder unkörperlich sind". „<Körperliche Sachen> sind diejenigen, die berührt werden können, wie z. B. ein Grundstück, ein Mensch, ein Kleidungsstück, Gold, Silber und schließlich zahllose andere Sachen". „Unkörperliche Sachen sind diejenigen, die nicht berührt werden können, wie es die sind, die <in> einem Recht bestehen, wie zum Beispiel eine Erbschaft, ein Nießbrauch und auf alle möglichen Weisen eingegangen Verpflichtungen,"[58] Auch das österreichische Allgemeine Zivilgesetzbuch (ABGB) verfolgt in der heutigen Zeit einen weiten Ansatz, indem es in den §§ 285 bzw. 292 bestimmt, „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.". „Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche; z. B. das Recht zu jagen, zu fischen und alle andere Rechte.". § 90 des deutschen BGB definiert Sachen als „körperliche Gegenstände", ein Standpunkt, der der Tradition widerspricht und stets kritisiert wird. Die Herausforderung besteht in zweierlei Hinsicht: Erstens, ist alles, was dieser Definition entspricht, für die Anwendung des Sachenrechts oder des Vermögensrechts qualifiziert? Was ist zum Beispiel mit Leichen und vom menschlichen Körper getrennten Organen? Zweitens: Auf welche Weise werden materielle Interessen, die nicht von der Definition in § 90 erfasst werden, in das vermögensrechtliche System des Gesetzbuchs einbezogen? Wie werden zum Beispiel neue Fragen behandelt, die sich aus technologischen Entwicklungen ergeben, wie Elektrizität und andere Energiequellen, Computersoftware usw.? WerdenUnternehmen den Status eines unabhängigen Objekts erhalten?[59]

Trotz der Kontroversen hat das deutsche BGB bisher seinen Standpunkt zu körperlichen Gegenständen beibehalten und nach der h. M. ist das Kernelement körperlicher Gegenstände sogar die Besetzung eines bestimmten Raums, weshalb bei nichtkörperlichen Gegenstände wie Licht, Elektrizität, elektronischen Daten, Computersoftware usw. je nach den Umständen der Transaktion die Regeln des Kaufs körperlicher Gegenstände analog angewandt werden können.[60] Die Haltung von

---

[58] *Gaius*, Institutionen, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von *Ulrich Manthe*, 2004, II 12–14.

[59] HKK/*Thomas Rüfner*, 2003 §§ 90–103, Rn. 2.

[60] *Fritz Baur/Rolf Stürner* (Fn. 55), 22; Palandt/*Ellenberger,* 2016, 75. Aufl., § 90, Rn. 1 f. Verglichen mit der konservativeren Einstellung Deutschlands definiert das „Zivilgesetzbuch" der Region Taiwan meines Landes nicht die Ausdehnung der Sache. Die Lehre akzeptiert im Allgemeinen das Konzept der körperlichen Sachen in Deutschland. Zusammen mit den kör-

Hans Josef Wieling ist in dieser Hinsicht recht repräsentativ. Wieling betont: „die Unterscheidung Sachen – unkörperliche Gegenstände ist sachgerecht. Mit einer einfachen Ausdehnung des Sachbegriffs auf unkörperliche Gegenstände wäre nichts zu erreichen […]“. Die Gründe dafür sind erstens, dass das Vermögen oder das Unternehmen, welches sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände umfasst, zu allgemein ist, um allein Objekt der Veräußerung oder des Schutzes zu sein; zweitens, dass die Körperlichkeit der Sachen diese zwangsläufig von anderen Gegenständen abgrenzt; drittens, dass es die Gefahr des Verlustes eines Gegenstandes durch Abhandenkommen nur bei Sachen gibt, nicht bei Rechten; das gleiche gilt für die Möglichkeit des Rechtsscheins durch Besitz. Die §§ 929 ff. könnten daher nicht auf andere als dingliche Rechte angewandt werden. Wieweit diese Regeln durch Analogie aus dem Sachenrecht zu gewinnen sind, ist jeweils zu prüfen.[61] Das österreichische Allgemeine ZGB (ABGB) ist ein Beleg für Wielings Ansicht. Obwohl das Gesetzbuch Sachen in einem weiten Sinne definiert, gilt das Gesetz mit seinen eigenen Grenzen: Die meisten Vorschriften des Sachenrechts (insbesondere die über den Besitz und den Eigentumserwerb) gelten nur für körperliche Sachen; für den Erwerb körperlicher Sachen gelten die Eigentumsübertragungsregeln in den §§ 426 und 431 ff; für unkörperliche Sachen gelten die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen in den §§ 1392 ff. 1392 ff. (Zessionsnormen); der gutgläubige Erwerb nach § 367 und die Produkthaftung nach § 4 des Produkthaftungsgesetzes bestehen nur für bewegliche Sachen als körperliche Gegenstände.[62]

Dies scheint zu bedeuten, dass auf der Ebene des abstrakten Begriffs des Objekts die verschiedenen Ansätze eng oder breit sind und eine entsprechende Anpassung verbunden mit den konkreten Rechtsregeln bei der Ausgestaltung der Rechtsnormen vorzunehmen ist, unabhängig von der unterschiedlichen Breite der Sachendefinition. Die deutsche Beschränkung der Sachen auf körperliche Gegenstände bedeutet nicht, dass andere Rechtsgegenstände nicht geregelt sind, während der österreichische Sachbegriff fast alle Rechtsgüter umfasst, was natürlich ebenso wenig bedeutet, dass alle Rechtsgüter den gleichen rechtlichen Regeln unterliegen. In diesem Zusammenhang sind die weite und die enge Definition der Sachen und die Einführung eines neuen Begriffs der Vermögensinteressen nicht entscheidend. Entscheidend ist, ob die

---

perlichen Sachen werden Elektrizität, Licht und Wärme fast einhellig als Ausdehnung der Sachen betrachtet. Siehe *Wang Zejian*, AT Zivilrecht (aktualisierte neue Ausgabe), Selbstverlag 2014, S. 233–235. In Österreich, wo ein weiter Begriff von Sachen angenommen wird, wird eine andere Meinung vertreten. Im Allgemeinen sind Energie wie Gas und Strom auch körperliche Sachen, während einige glauben, dass Energien wie Gas und Strom nichtkörperliche Sachen wie elektronische Daten, Computersoftware, Programme und Informationen sind. *Gert Iro*, Sachenrecht, 6. Aufl., 2016, Rn. 1/10; *Eccher/Riss* in: KBB^5, 2017, § 292 Rn. 1 f; *Kisslinger* in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB^3 (Klang), 2011, § 292 Rn. 13 ff.

[61] *Hans Josef Wieling* (Fn. 19), S. 11.

[62] *Martin Binder*, Sachenrecht, 2003, S. 36; *Eccher/Riss* in: KBB^5, § 292 Rn. 1 f.; *Kisslinger* in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB^3(Klang) § 292 Rn. 1.

festgelegten rechtlichen Regeln der Natur des Objekts angemessen sind. Wenn es einen Unterschied zwischen den Gesetzgebungsbeispielen gibt, so liegt dieser in der Art und Weise, wie die Normen aufgestellt sind, und nicht in der Definition des Begriffs selbst. In Deutschland beispielsweise, wo sich die Gegenstände auf körperliche Gegenstände beschränken, spiegeln sich die Einfachheit und die Präzision der Regeln nicht nur in den von Wieling genannten Fällen wider, sondern auch in den Regeln für den Kauf. Für den Sachkauf gelten die Vorschriften des Kaufvertrags im deutschen BGB (§ 433), während auf den Rechtskauf und Kauf anderer Gegenstände Bestimmungen über den Kauf von Sachen analoge Anwendung finden (§ 453). Auf diese Weise spiegelt das deutsche Kaufrecht die begriffliche Konstruktion von körperlichen Gegenständen wider und nutzt den Kernbereich des Kaufs als Endpunkt, um die allmähliche Chromatographie des Kaufvertrags mit einer kohärenten Logik und klaren Grenzen darzustellen. Im Gegensatz dazu übernimmt Taiwan zum einen das Konstrukt der körperlichen Gegenstände, zum anderen regelt § 345 des taiwanesischen Zivilgesetzbuches den Kauf in einem weiten Sinne: „Ein Kauf ist ein Vertrag, in dem eine Partei sich verpflichtet, Vermögensrecht auf eine andere Partei zu übertragen, und die andere Partei den Preis dafür zahlt.“ Der „Kauf“ von Vermögensrechten wird als Ganzes geregelt, obwohl der Anwendungsbereich der Vorschriften über die Lieferung und Mangelgewährleistung je nach den verschiedenen Arten von Vermögensrechten differenziert werden kann, aber letztlich ist die Kohärenz der Logik und Klarheit der Vorschriften unterlegener. Das österreichische ABGB hingegen verwendet einen weit gefassten Begriff der Sache und auch der Kaufvertrag (§ 1053) verwendet einen weit gefassten Begriff der Sache,[63] und dessen Logik ist zwar kohärenter, allerdings müssen die Rechtsfolgen beim Kauf von körperlichen und nichtkörperlichen Sachen nach wie vor nach der Art der Sache unterschieden und die entsprechenden Vorschriften getrennt angewandt werden,[64] so dass die Klarheit darunter leidet.

Vermögensinteressen im System des Großen ZGB sind dem breiten Begriff der Sache im ABGB ähnlich, daher können die Probleme, mit denen der breite Begriff der Sache im österreichischen Recht konfrontiert ist, bei der Ausgestaltung der Regeln für Transaktionen mit Vermögensinteressen auch auftauchen. Es gibt noch viel mehr zu bewältigen für Vermögensinteressen im Großen ZGB als das.

c) Objekte der Rechte und der gemeinsame Nenner

Im System des Großen ZGB sind die Vermögensinteressen als Gegenstände des zweiten Buches „Allgemeine Regeln des Vermögens“, angesiedelt und werden als ein gemeinsamer Faktor des Vermögensrechts extrahiert. Diese Regelung ähnelt der

---

63 *Apathy/Perner* in: KBB^5, 2017, § 1054 Rn. 3; *Schwartze* in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB^3(Klang), 2011, § 1053 Rn. 4 ff.

64 *Apathy/Perner* in: KBB^5, 2017, § 1053 Rn. 1 ff.; *Schwartze* in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB^3(Klang), 2011, § 1053 Rn. 4 ff.

des deutschen BGB. Das deutsche BGB verortet die Bestimmungen über Sachen aufgrund der Lehre von Objekten der Rechte in dem Allgemeinen Teil.[65] Allerdings sind „Sachen" nur Objekte dinglicher Rechte, und selbst wenn sie für das menschliche Leben von allgemeiner Bedeutung sind, eignen sie sich gesetzgebungstechnisch nicht für eine Extraktion als ein „gemeinsamer Faktor". Dieter Medicus bemerkt hierzu: „Vielfach erschließt sich der Sinn der § 93 ff. erst vor dem Hintergrund dieser sachenrechtlichen Regeln. Wegen der künstlichen Trennung bildet die abgesonderte Regelung der Rechtsobjekte im Allgemeinen Teil geradezu das Muster einer missglückten Verallgemeinerung."[66]

Im Gegensatz zum deutschen BGB umfasst das System des Großen ZGB nicht nur Sachen als einen gemeinsamen Faktor, sondern weitet es auf „Sachen, Rechte und andere beherrschbare Vermögensinteressen" aus.[67] Die Regeln zu den Gegenständen haben jedoch nicht nur deshalb eine stärkere Eignung als der gemeinsame Faktor, weil sie umfassender aufgelistet sind. Kein spezifisches Vermögensinteresse kann das gemeinsame Objekt aller Rechte sein; jedes Vermögensinteresse entspricht lediglich einem spezifischen Recht, so dass die gleichen Gründe, warum Sachen für einen gemeinsamen Faktor ungeeignet sind, auch für andere Vermögensinteressen gelten. Das österreichische ABGB behandelt die Frage der zentralen Aufzählung von Rechtsgegenständen ähnlich wie das Große ZGB. Beim österreichischen ABGB ist es jedoch nur zentral und an den Anfang des Buches gestellt, nicht als der gemeinsame Faktor des zweiten Buches zum Sachenrecht, und muss sich daher nicht mit der Frage der Eignung als ein gemeinsamer Faktor auseinandersetzen.

3. Zwischenergebnis

Um die durch die Trennung von Schuld- und Sachenrecht verursachten Zwischenzustände zu beseitigen, hat das System des Großen ZGB versucht, das begriffliche System der Vermögensrechte durch die Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht und die Schaffung eines neuen Begriffs der Rechte an Vermögensinteressen zu rekonstruieren und den Begriff des Objekts entsprechend umzugestalten. M. E. sind die Zwischenzustände der Dichotomie jedoch nicht so sehr ein begrifflicher Fehler als vielmehr eine inhärente Eigenschaft. In gewisser Weise ist es gerade das Vorhandensein der Zwischenzustände, das es ermöglicht, die graduellen chromatographi-

---

[65] HKK/*Thomas Rüfner*, 2003, §§ 90–103, Rn. 2. Die Lage der unbeweglichen Sachen hatte bei der Ausarbeitung des deutschen BGB Wendungen erlebt. Der Vorentwurf von Reinhold Johow zum Sachenrechtsbuch hatte ursprünglich Sachen an den Anfang des Sachenrechtsbuches gestellt, und auch der erste Entwurf bestätigte dies, die zweite Kommission gab dazu keine Stellungnahme ab und verwies es an die Redaktionskommission zur Entscheidung. Letztlich wurden die entsprechenden Bestimmungen zum Allgemeinen Teil des BGB hochgestuft. *Hans Josef Wieling* (Fn. 19), S. 53 f.

[66] *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, übersetzt von Shao Jiandong, Law Press, Ausgabe 1999, S. 26.

[67] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 83.

schen Typen von Begriffen zu beobachten und die Komplexität der Begriffe und Regeln in der Normenwelt zu verstehen. Mit anderen Worten: Die Entfernung der Zwischenzustände der Begriffe ist weder notwendig noch möglich. Forderungen und dingliche Rechte, die ursprünglich als formale abstrakte Begriffe betrachtet werden, können als die beiden Enden einer Typenfolge interpretiert werden und scheinen nicht aufgegeben werden zu müssen. In der Tat kann das komplexere System vom Begriff des Rechts an Vermögeninteressen durch die Gegenüberstellung von persönlichen und dinglichen Beziehungen auch als Ausdruck des Typusdenkens bezeichnet werden, dessen Bedeutung nicht in der Eliminierung von Zwischenzuständen liegt; und da der neu geschaffene Begriff der den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte an Vermögensinteressen ihn mit dem Eigentum und den hochgradig öffentlich-rechtlich gefärbten Landnutzungsrechten gleichsetzt, besteht die Gefahr, dass der absolute Willenscharakter des Eigentums verdeckt und auch der Endpunkt der Typenabfolge verschleiert werden. Das neue System scheint keine eindeutigen Vorteile gegenüber dem bestehenden Begriffssystem aufzuweisen.

Der Begriff des Vermögensinteresses, der mit dem Recht an Vermögensinteressen korrespondiert, ist eine Modifikation und Erweiterung des Systems des Begriffs des Objekts. Unabhängig von der Ausdehnung des Objekts muss die Ausgestaltung der Rechtsregeln jedoch an die Natur des Objekts angepasst werden, wie dies beim weiten Objektsbegriff im österreichischen Recht der Fall ist, genau so wird es auch bei Vermögensinteressen im Großen ZGB sein. Der Schlüssel liegt also nicht in der Enge oder Breite der Definition des Objekts als abstrakter Begriff, sondern in der Aufstellung prägnanter und präziser Regeln für die verschiedenen Arten von Gegenständen und in der Konstruktion eines logisch kohärenten Modells des Kodex in der Form. In dieser Hinsicht scheint das neue System, vielleicht weil sich das Große ZGB noch im Entwurfsstadium befindet, keine wesentlichen Vorteile gegenüber dem deutschen System zu haben, soweit ich das beurteilen kann.

V. Normenstruktur des Großen ZGB

Neben der begrifflichen Neuerung der Vermögensrechte und Vermögensinteressen lassen sich die Stilinnovationen des Großen ZGB im Hinblick auf die Normenstruktur in vier Punkten zusammenfassen: (1) die Schaffung eines dreifachen Allgemeinen Teils; (2) der Aufbau des Teilbuches der Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts aufgrund der Trennung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen; (3) die Verschmelzung und einheitliche Anordnung der persönlichen und dinglichen Rechtsnormen (relative und absolute Rechte), welche hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen und wirtschaftlichen Funktionen ähnlich sind; (4) Einrichtung eines Publizitätssystems für privatrechtliche Rechte entsprechend der Unterscheidung der eintragungsfähigen und nichteintragungsfähigen Vermögensinteressen. M. E. sind alle dieser vier Bereiche zu überprüfen.

1. Gründung des dreifachen Allgemeinen Teils

Wie oben erwähnt, behält das Große ZGB den Allgemeinen Teil des deutschen BGB bei, greift gleichzeitig die allgemeinen Regeln des Vermögensrechts im „Niederländischen Nieuw BW" auf und erweitert den kleinen AT Schuldrecht und den kleinen AT Sachenrecht im deutschen BGB zu einem einheitlichen großen Allgemeinen Teil des Vermögensrechts; dadurch entsteht ein doppelter Allgemeiner Teil, darauf basierend wird noch ein kleiner AT der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse geschaffen, was schlussendlich zu einem dreifachen Allgemeinen Teil führt.

Theoretisch gilt der AT des gesamten Kodex für das Vermögensrecht und das Statusrecht, der AT des Vermögensrechts nur für das Vermögensrecht und der AT der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse nur für die rechtsgeschäftlichen Vermögensverhältnisse, wobei der Abstraktionsgrad dieser drei Allgemeinen Teile der Reihenfolge nach abnimmt und klare Ebenen aufweist. Aber die tatsächliche Situation ist nicht unbedingt der Fall. Der Prototyp des Allgemeinen Teils des deutschen BGB ist das Sachenrecht, welches die Trennung des Schuld- und Sachenrechts als Grundlage für die Extraktion von gemeinsamen Faktoren verwendet und es dann auf das Familien- und Erbrechtsbuch ausdehnt. Der formale Aufbau des deutschen BGB ist daher wie folgt: AT BGB × [Schuldenrecht = AT Schuldrecht × (einzelne Schuldverhältnisse) + Sachenrecht = AT Sachenrecht × (einzelne dingliche Rechte) + Familienrecht + Erbrecht]. Tatsächlich ist es näher an: AT BGB × [Schuldenrecht = AT Schuldrecht × (einzelne Schuldverhältnisse) + Sachenrecht = AT Sachenrecht × (einzelne dingliche Rechte)] + Familienrecht + Erbrecht. Das Große ZGB übernimmt im Wesentlichen unverändert den AT sowie das Familien- und Erbrecht des deutschen BGB. Ergänzt man das Große ZGB um diese drei Bücher ergibt sich dessen eigentliche Struktur: AT des Kodex × [Allgemeine Regeln des Vermögens × [Rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse = Allgemeine Regeln der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse × (einzelne rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse) + gesetzliche Rechtsverhältnisse] + Familienrecht + Erbrecht. Entfernt man die eckigen Klammern in der Formel ergibt sich aus der mathematischen Operation: AT des Kodex × Allgemeine Regeln des Vermögens × [Rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse = Allgemeine Regeln der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse × (einzelne rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse) + gesetzliche Rechtsverhältnisse] + Familienrecht + Erbrecht.

Es ist deutlich zu erkennen, dass sowohl die Extraktionsgrundlage des AT des Kodex als auch die des AT des Sachenrechts im Paradigma des Großen ZGB rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse + gesetzliche Rechtsverhältnisse sind. Es stellt sich daher die Frage, warum bei diesem Kodex zwei Abstraktionsebenen gebildet werden sollten. Wie wird die zweistufige gemeinsame Faktorspezifikation konfiguriert? Wenn man bedenkt, dass der AT aus einem stilistisch dem deutschen BGB nachgebildeten Kodex aus Rechtsgeschäften besteht, werden andere allgemeine Normen zu Rechtssubjekten, Rechten und Verjährungen geschaffen, um den AT zu vervollstän-

digen, nachdem das Rechtsgeschäft den gemeinsamen Faktor gebildet hat.[68] Das Rechtsgeschäft stellt das Mittel zur Bildung rechtsgeschäftlicher Rechtsverhältnisse dar und das Große ZGB baut innerhalb der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse die Abstraktion der dritten Ebene ein. Damit wird es noch stärker mit einem Dilemma konfrontiert: So hat der AT der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse im Großen ZGB zwei Kapitel, nämlich „Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft“ und „einseitiges Rechtsgeschäft, Verträge.“ Im deutschen Recht gehören die meisten dieser Normen zum BGB AT, aber das Große ZGB hat sie auf die dritte Stufe des AT verlagert, so dass der Umfang der Normen über Rechtsgeschäft im AT des Kodex als die erste Stufe des AT reduziert werden müsste. Das Dilemma kann hier nicht aufhören. Der denkbare Grund für die Verlagerung (dieser Normen) auf die dritte Ebene anstelle der zweiten Ebene des AT liegt darin, dass der AT der zweiten Ebene, nämlich der AT des Vermögensrechts, auch den gemeinsamen Faktor des Buches über die gesetzlichen Rechtsverhältnisse darstellt und gesetzliche Rechtsverhältnisse mit Rechtsgeschäften keine enge Verbindung aufweisen. Daher ist es angemessen, diese Normen auf den AT der dritten Ebene zu verlagern. Wenn dies jedoch der echte Grund wäre, würden die Normen über das Rechtsgeschäft im AT des Kodex – der ersten Stufe des AT – im Buch der gesetzlichen Rechtsverhältnisse auf die gleichen Hindernisse stoßen. Wenn dem so wäre, würde die Legitimität der Regelung des Rechtsgeschäfts im AT des Kodex durch die Existenz der gesetzlichen Rechtsverhältnisse in Frage gestellt.

Das Problem hört hier immer noch nicht auf. Das Schweizerische ZGB ist stark von der deutschen Pandektistik beeinflusst, verzichtet aber bewusst auf einen AT und stellt nur den AT Obligationenrecht auf. Einer der wichtigsten Gründe ist, dass dem gemeinsamen Faktor hinreichende Strahlungsfähigkeit fehlt, so dass der Besondere Teil insbesondere das Familien- und Erbrecht und der AT getrennte Wege gehen.[69] In diesem Sinne ersetzt das Niederländische Nieuw BW den AT des Kodex durch die Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts, was als ein Kompromiss zwischen dem schweizerischen ZGB und dem deutschen BGB bezeichnet werden kann. Ebenso wie das deutsche BGB verwendet auch das Große ZGB die beiden Bücher des Familien- und Erbrechts noch nicht als Grundlage für die Extraktion des gemeinsamen Faktors, muss sich daher wie das deutsche BGB, und vielleicht sogar noch mehr, dem Zweifel stellen, dass die Strahlungskraft des gemeinsamen Faktors nicht ausreicht. Wenn der Kern des AT des Kodex noch Rechtsgeschäft ist, wird die eigenständige Kodifikation der gesetzlichen Rechtsverhältnisse in einem Buch zwangsläufig zu einer weiteren Verringerung der Strahlungsfähigkeit des AT des Kodex führen. Auf diese Weise kann die tatsächliche Struktur des Großen ZGB wie folgt aussehen: AT des Kodex × Allgemeine Regeln des Vermögens × [rechtsgeschäftliche

[68] *Zhu Qingyu* (Fn. 40), 26–35.

[69] Schweizerisches Civilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1902, S. 22 f.

Rechtsverhältnisse = Allgemeine Regeln der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse × (einzelne rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse)] + gesetzliche Rechtsverhältnisse + Familienrecht + Erbrecht. Entfernen Sie die eckigen Klammern wieder: AT des Kodex × Allgemeine Regeln des Vermögens × Allgemeine Regeln der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse × (verschiedene rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse) + gesetzliche Rechtsverhältnisse + Familienrecht + Erbrecht. Das Große ZGB behält nicht nur den AT des deutschen BGB bei, sondern übernimmt auch die Allgemeinen Regeln des Vermögens aus dem niederländischen Nieuw BW und bildet allein zu rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnissen bereits einen dritten AT. Ein wenig fraglich ist, ob auf allen Ebenen abstrahiert werden muss, wenn der gesamte dreifache AT tatsächlich die Abstraktionsgrundlage in rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnissen hat.

Eine weitere Manifestation einer unzureichenden Strahlungsleistung ist, dass die vom Großen ZGB abstrahierten gemeinsamen Faktoren nicht die gemeinsamen Faktoren sämtlicher in Klammern aufgeführten Paragraphen sind, sondern oft nur eine Sammlung von Faktoren für einen Teil der Paragraphen. Nehmen wir als Beispiel den zweiten Teil der Allgemeinen Regeln des Vermögens. Zur Veranschaulichung der Diskussion wird der Grundaufbau dieses Buches wie folgt aufgeführt:

- 2. Allgemeine Regeln des Vermögens
  - 2.1 Vermögensrechte
    - 2.1.1 Forderung
    - 2.1.2 Rechte der Vermögensinteressen
    - 2.1.3 Besitz
  - 2.2 Vermögensverhältnisse
    - 2.2.1 Schuldrechtliche Verhältnisse
    - 2.2.2 Rechts- und Pflichtverhältnisse an bestimmtem Vermögensinteresse
  - 2.3 Rechtsausübung und Erfüllungspflicht
    - 2.3.1 Allgemeine Bestimmungen
    - 2.3.2 Erfüllung der Schuld
    - 2.3.3 Schutzansprüche der Rechte der Vermögensinteressen
  - 2.4 Mehrheit von Rechtsinhabern und Pflichtigen
    - 2.4.1 Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern
    - 2.4.2 Mehrheit von Rechtsinhabern der Vermögensinteressen und Störern
  - 2.5 Übergang des Vermögensverhältnisses
    - 2.5.1 Übergang von Schuld
    - 2.5.2 Übergang der Verhältnisse an Vermögensinteressen
  - 2.6 Erlöschen der Vermögensverhältnisse
    - 2.6.1 Erlöschen der Schuldverhältnisse
    - 2.6.2 Erlöschen des Vermögensinteresses

Die sechs Kapitel dieses Buches sind im Wesentlichen in zwei Abschnitte unterteilt, die entsprechend den zwei Linien der Forderungen und Vermögensinteressen stufenweise aufgeteilt sind, und die dort behandelten Themen entsprechen wiederum Forderungen und Vermögensinteressen im Buch über rechtsgeschäftlichen Verhältnisse bzw. im Buch über gesetzliche Verhältnisse. Allerdings gibt es nur wenige Grundsätze, die sowohl für Forderungen als auch für Vermögensinteressen gelten. Würde es sich bei den Teilbüchern um Schuld bzw. Vermögensinteressen handeln, könnte

der Inhalt der derzeitigen Allgemeinen Regeln des Vermögens nahtlos in den Allgemeinen Teil des Buches des Schuldrechts und der Vermögensinteressen integriert werden – mit der Folge, dass die Allgemeinen Regeln des Vermögens abgeschafft würden. Aber da die Aufteilung der Teilbücher auf dem anderen Kriterium der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnisse beruht, wäre für einen AT des Schuldrechts und einen AT der Vermögensinteressen kein Platz. Gleichzeitig wären die Allgemeinen Regeln des Vermögens eine einfache Überlagerung des AT des Schuldrechts und des AT der Vermögensinteressen. Die Ausstrahlungsfähigkeit der gemeinsamen Faktoren der Allgemeinen Regeln des Vermögensrechts wird dadurch selbstverständlich geschwächt.

Ein weiterer wichtiger Grund für den Verzicht des Schweizerischen ZGB auf den Allgemeinen Teil im Stil des deutschen BGB liegt darin, dass eine übermäßige Abstraktion des Allgemeinen Teils des gesamten Gesetzbuches zu einer Vielzahl von Sonderregelungen in den Teilbüchern führen wird, die die allgemeinen Regeln des Allgemeinen Teils abändern.[70] Der Abstraktionsgrad des Großen ZGB mit dem dreifachen Allgemeinen Teil ist immer noch höher als der des deutschen BGB, und obwohl das Große ZGB noch nicht in Paragraphen ausformuliert ist, dürfte die Angst vor einer übermäßigen Abstraktion nicht unbegründet sein, was die Struktur betrifft. Tatsächlich ist die Tendenz zur Überabstraktion in gewissem Maße bereits in der Struktur erkennbar. Eine schwerwiegende Erscheinung der Überabstraktion ist, dass die Teilbücher keine Chance haben, die allgemeinen Regeln zu ändern, da die allgemeinen Regeln nicht anwendbar sind. Ich fürchte, dass bei der künftigen Arbeit der Ausformulierung des Großen ZGB besondere Sorgfalt erforderlich sein wird, um zu vermeiden, dass die verschiedenen Vermögensrechte, die Gegenstände der Vermögensrechte und die Regeln der Vermögensverhältnisse, die in den Allgemeinen Regeln des Vermögens aufgeführt sind, zu bloßen nicht anwendbaren Definitionen, Aufzählungen oder Erklärungen werden.

2. Trennung des rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisses

Das Buch der Allgemeinen Regeln des Vermögens im Großen ZGB nimmt die Unterscheidung zwischen Forderungen und Rechten an Vermögensinteressen als Anhaltspunkt. Normalerweise folgt daraus, dass die nachfolgenden beiden Bücher Schuld und Rechte an Vermögensinteressen kodifizieren sollten. Aber damit würde das neue System nur eine weitere Manifestation der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht darstellen und gegenüber dem deutschen BGB würde es nichts anderes als die Ersetzung von Sachenrecht durch Vermögensrecht und damit die Hinzufügung einer weiteren Ebene der Allgemeinen Regeln des Vermögens zwischen dem AT des Gesetzbuches, dem Schuld- und Sachenrecht bewirken. Dies könnte nicht viele substanzielle Fortschritte bringen. Prof. *Su* zielt hier eindeutig auch nicht darauf ab.

---

[70] Schweizerisches Civilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1902, S. 22 f.

Wenn statische Rechtstypen (Rechtswirkung) nicht als Klassifizierungskriterium herangezogen werden können, werden dynamische Rechtsänderungen fast der einzige in Frage kommende Weg. Im französischen Code civil, bei welchem die Rechtsklassifikation noch nicht verfeinert ist, können das zweite Buch (Von den Sachen und den verschiedenen Beschränkungen des Eigentums) und das dritte Buch (Von den verschiedenen Arten, das Eigentum zu erwerben) grob als die Unterscheidung zwischen statisch und dynamisch angesehen werden. Die Herbeiführung einer Rechtsänderung erfolgt entweder rechtsgeschäftlich oder gesetzlich, die beiden Arten bilden daher das dritte und vierte Buch des Großen ZGB und stellen somit den Besonderen Teil des Vermögensrechts. Auf diese Weise legt das zweite Buch des Großen ZGB – der Allgemeinen Regeln des Vermögens – verschiedene Vermögensrechte, Vermögensgegenstände und Vermögensverhältnisse fest und ist eher der statischen Seite zugewandt, während das dritte und vierte Buch der dynamischen Seite zugewandt sind. Der Schatten des französischen Code civil ist noch schwach erkennbar. Der Unterschied besteht darin, dass das Große ZGB statische Rechte als den gemeinsamen Faktor dynamischer Rechtsveränderungen verwendet, während der französische Code civil die beiden bloß nebeneinanderstellt. Bei der Gestaltung und Zusammenstellung des Großen ZGB wurde nicht unbedingt überlegt, inwieweit der französische Code civil herangezogen werden kann. Die vage Ähnlichkeit kann das Ergebnis dessen sein, dass „große Helden ähnlich denken".[71] Nur diese Ähnlichkeit der Wahrnehmung vermag vielleicht einen Hinweis zu geben, dass die Seitenansicht der statischen Rechtswirkung (Rechtsfolge) und die der dynamischen Rechtsveränderung (Tatbestandsvoraussetzungen) die beiden grundlegenden Perspektiven der Erstellung eines Kodex sind. Gleich, wie sich die Kompilierungsmethoden verändern, weichen deren viele Variationen nicht von dieser Abstammung ab.

Das französische Modell der „Personen-Sachen (Vermögen)-Vermögensveränderungen" ist zwar knapp und klar, es fehlt ihm jedoch an Wissenschaftlichkeit. Insbesondere sind die Normen der Vermögensveränderung im dritten Buch äußerst komplex, aneinander gestapelt, und „völlig ein Sammelsurium heterogener Themen."[72] Im Vergleich dazu trennt das Große ZGB die beiden Anhaltspunkte der rechtsge-

---

[71] Inwieweit und wie das Große ZGB von der Kompilationslogik des französischen Code civil beeinflusst oder inspiriert wird, ist nicht leicht zu beurteilen. In früheren Arbeiten zum Großen ZGB hat Prof *Su* die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht noch nicht vollständig geleugnet, sondern befürwortet nur die Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht durch vermögensrechtliche Verhältnisse, „den verschiedenen vermögensrechtlichen Verhältnissen gemeinsame Regelungen voranzustellen. Es geht also nicht darum, die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zu durchbrechen, sondern unterschiedliche Beziehungsnormen aus einer gesellschaftsnäheren oder funktionaleren Perspektive wieder zu integrieren. Noch schöner ausgedrückt, sind die logische Struktur des deutschen BGB und die Lebensnähe des französischen Code civil miteinander zu verbinden." Siehe *Su Yeong-Chin* (Fn. 55), S. 167–173 (Zitate siehe S. 170).

[72] *Konrad Zweigert/Hein Kötz* (Fn. 9), S. 176.

schäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse und ist hinsichtlich der Stringenz und Klarheit höher als der französische Code civil. Die Rechtfertigung und Normentechnik sind jedoch ggf. noch zu überdenken, wenn der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses – rechtsgeschäftlich oder *ipso iure* – als Maßstab der Teilung des Gesetzbuches in Teilbücher herangezogen wird.

Die Teilung nach rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen spiegelt funktional das Konzept der Privatrechtsautonomie wider und lässt die Privatrechtsautonomie und ihre Grenzen als Stilmerkmal des Kodex nach Außen erscheinen. Eine solche klare Unterscheidung deutet jedoch in gewisser Weise selbst darauf hin, dass die Intervention des Gesetzgebers möglicherweise zu tiefgreifend ist und möglicherweise nicht mit der vom Autonomiegedanken geforderten Neutralität vereinbar ist, noch schlimmer, deren Normensystem den Nachteil der Starrheit hat und zu schwierigen Klassifikationsproblemen führen wird. Die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse sind oft ineinander verwoben und bestehen in Symbiose nebeneinander. Obwohl Rechtsverhältnisse hauptsächlich rechtsgeschäftlich begründet werden, gehen die gesetzlichen Rechtsverhältnisse bei der Entstehung rechtsgeschäftlicher Rechtsverhältnisse immer mit einem Schatten einher, wie z.B. der Schadensersatz aufgrund des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr, Regeln über Wirkungsmängel des Rechtsgeschäfts und gesetzliche Pflichten in verschiedenen rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten usw. Offensichtlich kann ein solches „gesetzliches" Verhältnis nicht getrennt von rechtsgeschäftlichen Verhältnissen geregelt werden. Auf diese Weise ist die Trennung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen nicht mehr klar, und diese Mehrdeutigkeit unterscheidet sich von den Zwischenzuständen, in dem die begriffliche Dichotomie auftritt. Die durch die begriffliche Dichotomie gebildeten Zwischenzustände sind die durch die allmähliche Farbdifferenz der Begriffselemente bedingte Typenfolge, aber die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse bilden keinen Begriff mit Kernelementen, und die Verflechtung ist keine Manifestation der Typenfolge.

Da darüber hinaus die von den rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnissen abhängigen gesetzlichen Rechtsverhältnisse nur schwer selbständig zu regeln sind, werden sich die in einem selbständigen Buch kodifizierten gesetzlichen Rechtsverhältnisse logischerweise auf reine gesetzliche Rechtsverhältnisse oder zumindest von gesetzlichen Rechtsverhältnissen dominierenden Verhältnisse beschränken; allerdings dienen alle gesetzlichen Rechtsverhältnisse im Privatrecht der Privatautonomie oder zur Korrektur eines nichtautonomen Zustandes und es gibt nur wenige reine gesetzliche Rechtsverhältnisse oder Rechtsverhältnisse, bei denen die gesetzlichen Rechtsverhältnisse dominieren. Die meisten gesetzlichen Rechtsverhältnisse können rechtsgeschäftlich geändert oder in rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse umgewandelt werden. Ungeachtet der formalen Wahrnehmung der Strahlungskraft der Normen des Allgemeinen Teils und der Disparität in der Zahl der Normen, scheint es nötig zu überdenken, ob es notwendig ist, den „Antagonismus" zwischen den rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen so absichtlich hervorzuheben. Zwar

weist Prof. *Su* darauf hin, dass sich die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse insbesondere die „hoch institutionalisierten" Rechtsverhältnisse wie GoA, ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlung und *c.i.c*, „bei der Umsetzung privatrechtlicher Autonomie ergänzen", es sollte aber bei der Ausgestaltung des Systems darauf geachtet werden, zum Ursprung der Autonomie des Privatrechts zurückzukehren und jegliche Regulierungsüberlegungen zu vermeiden.[73] Dennoch habe ich Bedenken, die möglicherweise nicht überflüssig sind. Die privatrechtlichen Verhältnisse in rechtsgeschäftliche und gesetzliche Rechtsverhältnisse zu trennen und die beiden in der Zusammenstellung gegenüberzustellen, würde in einem Umfeld, in dem die Autonomiegedanken ohnehin bereits fehlen, zu dem Missverständnis führen, dass sich die Autonomie auf die rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse beschränkt, während die gesetzlichen Rechtsverhältnisse der Kontrolle dienen sollen. Wenn dem so wäre, würde die ursprüngliche Absicht der Betonung der Autonomie des Privatrechts durch die Unterscheidung von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen konterkariert werden.

Inhaltlich gliedern sich die „gesetzlichen Rechtsverhältnisse" im vierten Buch des Großen ZGB in zwei Kategorien: diejenigen, aufgrund der Ausübung von Ansprüchen und diejenigen, ohne Geltendmachung von Ansprüchen, wobei die erstere wiederum vier Arten, nämlich GoA, Ansprüche an Vermögensinteressen, unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung und die letztere sieben Arten, nämlich die Ersitzung einschließlich kraft des Registereintrags, *accessio*, Eigentumserwerb an beweglichen herrenlosen Sachen, Fund vergrabener (versteckter) Sachen, Nachbarverhältnisse, Zwangslizenzen an geistigen Eigentumsrechten und Zurückbehaltungsrechte umfasst. Obwohl es sich bei diesen elf Fällen um „gesetzliche Rechtsverhältnisse" handelt, sind der Grad und die Gründe der gesetzlichen Anordnungen unterschiedlich. Manche können gestützt auf den Willen der Parteien in rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse umgewandelt werden (wie Umwandlung aus einer GoA in einen Auftrag). In diesem Fall ist dieses sogenannte gesetzliche Rechtsverhältnis nichts anderes als eine Ergänzung der Willen im Falle der mangelnden Parteiwillen. Manche können von einer der Parteien oder im gegenseitigen Einvernehmen von der Anwendung ausgeschlossen werden, wie die Deliktsschuld oder das Zurückbehaltungsrecht. In diesem Fall liegen halb-obligatorische gesetzliche Rechtsverhältnisse vor. Bei manchen ist kein Platz für Parteiwillen, z. B. die Verbindung von einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen Sache, um erstere zu einem wichtigen Bestandteil der anderen zu machen. Dies ist ein Ausstrahlungsreflex des Spezialitätsprinzips der Objekte dinglicher Rechte. Manche basieren auf den Bedürfnissen des öffentlichen Wohls unter Ausschluss des Willens des Rechteinhabers, wie z. B. Zwangslizenzen an geistigen Eigentumsrechten und so weiter. Entsprechend unterschiedlich ist auch der Grad der Verbindung zwischen verschiedenen gesetzlichen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften. Wie kann sich unter

---

[73] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 78.

dem Schlagwort „gesetzliche Rechtsverhältnisse“ seine interne komplexe Struktur und sein komplexes Verhältnis zum Willen der Parteien durch die Kompilationsmethode widerspiegeln? Dies kann erklären, warum das Buch der gesetzlichen Rechtsverhältnisse, welches sich ursprünglich nach dem Vorbild der rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse in zwei Teile, „Entstehung der gesetzliche Rechtsverhältnisse“ und „verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse“, gliedern und eine Trennung in den Allgemeinen und Besonderen Teil ermöglichen wollte, aber nicht erfolgreich sein kann, da verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse durch die Entstehung von gesetzlichen Rechtsverhältnissen vollständig geregelt worden sind, und keine Notwendigkeit besteht, sie in zwei Ebenen zu unterteilen, was weiter zeigt, dass es schwierig ist, gemeinsame allgemeine Normen auf verschiedene gesetzliche Rechtsverhältnisse zu abstrahieren.

Im Allgemeinen lassen sich die Autonomie des Privatrechts und seine Grenzen anhand der Art und Weise der gesetzlichen Rechtsverhältnisse beobachten, aber als Normentext soll der Kodex die Achtung der Autonomie des Privatrechts besser durch eine genauere Abgrenzung zwischen dispositiven und zwingenden Normen ausdrücken. Denn obwohl sowohl die Handlungsfreiheit als auch die Rechtsfolgenfreiheit Inhalt der Privatrechtsautonomie sind, muss die endgültige Umsetzung der Autonomie dem Grad der Rechtsfolgenfreiheit zugeschrieben werden.[74] In diesem Sinne ist die Kernfrage der Autonomie des Privatrechts, ob und inwieweit die durch das Gesetzbuch festgelegten Rechtsfolgen für die Parteien bindend sind. Wie ein Rechtsverhältnis entsteht, ist zwar wichtig, dessen Zusammenhang mit der Privatautonomie scheint jedoch etwas umständlicher zu sein, denn wie oben erwähnt, können in rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnissen durchaus unterschiedlich zwingende Rechtsverhältnisse bestehen, und gesetzliche Rechtsverhältnisse bedeuten nicht, dass die betreffenden Normen nicht von der Anwendung ausgeschlossen werden können.

3. Verschmelzung der persönlichen und dinglichen Rechte

Wie oben dargestellt, werden die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnisse im neuen System gesondert kodifiziert, wobei das Unterscheidungskriterium sowohl technische als auch funktionale Faktoren berücksichtigt. Technische Faktoren unterstreichen eher die Tatbestandselemente (wie das Rechtsverhältnis zustande kommt), während funktionale Faktoren die Privatautonomie und seine Grenzen betonen. Dies unterscheidet sich von dem einfacheren technischen Standard der Rechtsfolgen für die Trennung von Schuld- und Sachenrecht. Darüber hinaus werden die Rechtsnormen, welche hinsichtlich der Tatbestandsmerkale und Bereiche der Autonomie ähnlich sind, im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Verhältnisse nach der Mitberücksichtigung der technischen Faktoren der Tatbestandselemente und der funktionalen Fak-

[74] *Zhu Qingyu* (Fn. 40), 112–113.

toren der Privatrechtsautonomie neu sortiert und darauf basierend nach dem Maßstab der Rechtsfolgen stufenweise kompiliert, wodurch die Verschmelzung der persönlichen und dinglichen Rechtsnormen realisiert wird.

Die Kompilation von Zivilgesetzbüchern folgt nichts anderem als dem Ansatz der Technik und dem der Funktion, wobei sich der Ansatz der Technik wiederum in zwei Gleise gliedert: Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Ein eingleisiger Ansatz ist relativ selten. Generell legt das deutsche BGB mehr Wert auf den technischen Ansatz und berücksichtigt Funktionen mit, während der französische Code civil die Funktionen unterstreicht und die Technik mitberücksichtigt. Hinsichtlich der Abwägung zwischen Technik und Funktion befindet sich das Große ZGB zwischen dem französischen und deutschen Zivilgesetzbuch, wobei beide Faktoren ähnliche Anteile haben. Der Unterschied zum technischen Ansatz des deutschen BGB besteht darin, dass die Zusammenstellung des Großen ZGB die Ähnlichkeit der Tatbestandsvoraussetzungen betont, während die Teilbücher des deutschen BGB die Ähnlichkeit der Rechtsfolgen hervorheben. Der Hauptgrund dafür liegt darin, dass das Große ZGB versucht, die durch den *numerus clausus* verursachte Trennung von Schuld- und Sachenrecht zu durchbrechen und die Verschmelzung von persönlichen und dinglichen Rechtsnormen zu erreichen. Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Bedeutung der unterschiedlichen Rechtsfolgen an zweiter Stelle stehen.

Gerade auf dem technischen Ansatz der Tatbestandsmerkmale beruht das Große ZGB, welches den dreifachen Allgemeinen Teil kennt und die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse in zwei Teilbüchern kodifiziert. Die möglichen Probleme, die durch diese Methoden verursacht werden, wurden zuvor besprochen, daher werde ich sie hier nicht wiederholen. Wie bereits zu sehen ist, konzentriert sich die typische Verschmelzung von persönlichen und dinglichen Rechtsnormen aufgrund der Ähnlichkeit von Tatbestandsmerkmalen und Funktionen in drei Kapiteln: 3.2.2 Nutzungsüberlassung (Miete und Pacht, eingeschränkte Grunddienstbarkeit und eingeschränkte Personendienstbarkeit, Darlehen, Verbrauchsdarlehen); 3.2.5 Bürgschaft (Hypothek, eintragungsfähige Belastung aus dem eintragungsfähigen Vermögensinteresse, Pfand, Finanzierungsleasing und Factoring, Sicherungsabtretung, Bürgschaft und Bürgschaft für Arbeitnehmer); 4.1.1 Aufgrund der Geltendmachung von Ansprüchen (GoA, Ansprüche aus dem Recht am Vermögensinteresse, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung). Rechtsfindung, Rechtsspeicherung, Rechtssetzung und Rechtsverbreitung sind die vier Gesichtspunkte des Großen ZGB, um die Vorteile der Systeme zu messen. Der dreifache Allgemeine Teil, die gesonderte Kodifizierung der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Rechtsverhältnisse und die Verschmelzung von persönlichen und dinglichen Rechtsnormen können alle als Ergebnis der umfassenden Erwägung dieser vier Gesichtspunkte bezeichnet werden. Die drei Kapitel, die die Verschmelzung von persönlichen und dinglichen Rechtsnormen zentral zum Ausdruck bringen, haben besonders herausragende Vorteile bei der Rechtsfindung und -speicherung. Dieser herausragende Vorteil scheint jedoch vom Blickwinkel abzuhängen.

Rechtsverhältnisse, welche ähnliche Tatbestandselemente und wirtschaftliche Funktionen haben, an einem Ort zentral zu regeln, kann Fragen wie „Wenn ich die Immobilie des anderen nutzen möchte, wie sind die Wege?“ oder „Wenn ich von dem anderen eine Kreditsicherheit brauche, welche Möglichkeiten gibt es“ leichter beantworten. Die Beantwortung der ersten Frage braucht lediglich eine Recherche im Kapitel 3.2.2, und die Antwort auf die zweite Frage befindet sich in Kapitel 3.2.5. Offensichtlich ergeben sich solche Probleme aus der Perspektive der Parteien. Wenn es sich um einen Richter handelt, kann die wichtigere Frage lauten: „Welche Wirkungen hat die Nutzungsart einer Partei von Immobilien der Gegenpartei?“ oder „Wie sollte der Bürge im Streitfall Haftung für die Bürgschaft übernehmen?“ Die Perspektive der Streitbeilegung schenkt der Durchsetzung der Rechtsfolgen mehr Aufmerksamkeit. Unter diesem Gesichtspunkt sind die aus Tatbestandsvoraussetzungen und wirtschaftlichen Funktionen bestehenden Teilungskriterien der Parteienperspektive zugewandt; die Vorteile der Rechtsfindung und -speicherung kommen den geschäftswilligen Parteien zu Gute, während das an Rechtsfolgen orientierte Kriterium die richterliche Perspektive betont und die Vorteile der Rechtsfindung und -speicherung bei der Streitbeilegung stärker zum Tragen kommen. Der ideale Kodex soll beides berücksichtigen. Wenn er aber eine Gewichtung wählen muss, liegt der Schwerpunkt der weiteren Diskussion darauf, ob Parteien oder Richter als Zielgruppen des Kodex festgelegt werden? Bei dieser Frage besteht kein Konsens, weshalb dieser Beitrag darauf aus Platz- und Themengründen nicht eingeht.

Was für diesen Moment diskutiert werden kann, ist, mit den Tatbestandsmerkmalen und wirtschaftlichen Funktionen als Kriterium: Was sind die möglichen diskutierbaren Aspekte des Stils der Normenaufstellung? Anhand mehrerer Beispiele wird eine Beobachtung vorgenommen.

Das Kapitel 3.2.5 des neuen Systems regelt zentral verschiedene Rechtsinstitute mit Sicherungsfunktionen wie Hypothek, Pfand, Finanzierungsleasing, Factoring, Sicherungsabtretung, Bürgschaft und Bürgschaft für Arbeitnehmer. Diese funktionale Ausrichtung ähnelt dem bisherigen „Sicherheitengesetz“ Chinas, mit dem Unterschied, dass die funktionale Ausrichtung des „Sicherheitengesetzes“ auf dem Hintergrund der Trennung von Schuld- und Sachenrecht beruht und das Große ZGB ein Ergebnis der Verschmelzung von Schuld (persönliche Rechtsverhältnisse) und Vermögen (dingliche Rechtsverhältnisse) darstellt. Das letztere System ist glatter, aber auch nicht bedenkenfrei. Da nahezu jedes Transaktionsmodell mehrere ökonomische Funktionen tragen kann, verlangt die funktionsorientierte Kompilationsmethode, die wichtigsten und typischsten Funktionen zugrunde zu legen, um das Kernrechtsverhältnis des Transaktionsmodells hervorzuheben. Wenn man sagt, dass nach der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht die Zusammenlegung von Hypothek, Pfand und Bürgschaft zum Sicherungszweck sinnvoll ist, ist allerdings zu diskutieren, ob das Finanzierungsleasing und Factoring einbezogen werden sollen. Dadurch würde die Sicherungsfunktion von Finanzierungsleasing und Factoring hervorgehoben, die dem CZGB ähnelt, mit dem Unterschied, dass das CZGB vor dem Hinter-

grund der Trennung von Schuld- und Sachenrecht das Kreditsicherungsrecht nicht zentral regelt, sondern die verschiedenen Rechtsinstitute mit Sicherungsfunktionen in den Teilbüchern untergebracht hat. Dabei werden Finanzierungsleasing und Factoring als Vertragstypen im Vertragsrechtsbuch kodifiziert. Ausgehend von der wirtschaftlichen Funktion als Maßstab ist die Logik des Großen ZGB natürlich konsequenter, aber das Problem kann schlimmer werden. Obwohl sowohl Finanzierungsleasing als auch Factoring Sicherungsfunktion haben, soll deren Zweck nicht in erster Linie Kreditsicherung, sondern Finanzierung, nämlich Finanzierungsleasing und Sicherungsabtretung sein. Auch bei unechtem Factoring, welches die stärkste Sicherungsfunktion aufweist, basiert diese auf der Prämisse der Forderungsabtretung und echtes Factoring ist fast schon eine einfache Forderungsabtretung. Das neue System hebt darin die nebensächliche Kreditsicherungsfunktion dermaßen hervor und betrachtet sie als den reinen Kreditsicherungsinstituten wie Hypothek, Pfand und Bürgschaft gleichwertig, so dass es dazu führen würde, dass das Rechtsverhältnis, von dem die Hauptfunktion abhängt, verschleiert wird. Darüber hinaus haben alle Handlungen, die eine Gesamtschuld begründen, wie Partnerschaft, Schuldübernahme und Wechsel bis hin zu Fusion und Spaltung juristischer Personen, in unterschiedlichem Maße Sicherungsfunktionen. Im Vergleich dazu ist es schwer zu sagen, dass Finanzierungsleasing und Factoring näher an reiner Kreditsicherheit sind oder stärkere Sicherungsfunktion haben. Es zeigt sich, dass selbst wenn die wirtschaftliche Funktion der Maßstab ist, es noch zu prüfen ist, ob es sinnvoll ist, Finanzierungsleasing und Factoring in das Kapitel über die Kreditsicherheit aufzunehmen. Was die Tatbestandsmerkmale betrifft, so sind Finanzierungsleasing und Factoring weit entfernt von Rechtskonzepten wie Hypothek, Pfand und Bürgschaft.

In Kapitel 4.1.1 wird der Fund der GoA zugeordnet, da er dieselben Tatbestandsvoraussetzungen wie die GoA hat. Traditionell liegt die Bedeutung der Verortung des Funds jedoch darin, dass das geschriebene Recht durch zentrale Regelungen alle Arten legaler Vermögenserwerbsmethoden ausschöpfen kann. Wenn die durch das Große ZGB festgelegte Rechtsfolge beim Fund verlorener Gegenstände anders als im CZGB ist, nach welchem der Staat das Eigentum erlangt, sondern dass der Finder das Eigentum erwirbt, dann ist es schwer zu sagen, dass der wirtschaftliche Hauptzweck des Finders eine Fremdgeschäftsführung ist. Die angemessene Positionierung ist wohl der Eigentumserwerb; was die Pflichten der GoA des Finders betrifft, ist es nur eine Nebenpflicht, die nach dem Auffinden des verlorenen Gegenstands akzessorisch entsteht. Dies bedeutet, dass unter der funktionalen Ausrichtung die Zuordnung des Funds unter den Erwerb des Eigentums noch angemessen erscheint. Und wenn es begründet wäre, dass der Fund als ein besonderer Typ der GoA zuzuordnen ist, weisen die Nothilfe und der Notstand nach derselben Logik nicht etwa die gleiche Struktur der GoA auf?

In demselben Kapitel 4.1.1 gliedert sich das Große ZGB in zwei Abschnitte, um die Ansprüche aus dem Recht an Vermögensinteressen und unerlaubte Handlungen zu regeln, ähnlich der Trennung von dinglichen Ansprüchen und deliktischen An-

sprüchen im deutschen Recht. Ansprüche an Vermögensinteressen und deliktische Ansprüche sind just Repräsentant der dinglichen und persönlichen Ansprüche. Die Trennung der beiden scheint mit der Verfolgung der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht unvereinbar zu sein, und gerade in der wirtschaftlichen Funktion sind sich die beiden Ansprüche recht ähnlich und beide zielen darauf ab, den verletzten absoluten Rechten Rechtsbehelfe auf zwei Ebenen bereitzustellen.[75] Deshalb sollte ein besserer funktionsorientierter Ansatz das Konzept des „großen Delikts" übernehmen und Ansprüche an Vermögensinteressen und deliktische Ansprüche gemeinsam regeln.

4. Durchsetzung der Eintragungsfreiheit

Die drei stilistischen Innovationen, nämlich der dreifache Allgemeine Teil, die gesonderte Kodifizierung der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnisse und die Verschmelzung von persönlichen und dinglichen Rechtsnormen, sind alle auf die Abkehr von dem *numerus clausus* dinglicher Rechte zurückzuführen. Das Problem ist, dass die Aufgabe des *numerus clausus* dinglicher Rechte nicht bedeutet, dass auch die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Wirkung der Rechte verschwindet. Während die dinglichen Rechte durch eine geschlossene Aufzählung der Rechtstypen unter dem *numerus clausus*-Prinzip zu erkennen sind, macht die Gestaltungsfreiheit der dinglichen Rechte das Mittel der Erkennung fast vollständig von den Mitteln der Publizität abhängig. Das System der Eintragung von Vermögensinteressen, das Prof. *Su* nach dem Vorbild des niederländischen ZGB eingeführt hat, ist daher von entscheidender Bedeutung für das neue System und stellt den entscheidenden Punkt dar, an dem persönliche und dingliche Rechtsverhältnisse miteinander verschmelzen.

Die Freiheit der dinglichen Rechte bedeutet, dass es den Parteien freisteht, Vermögensrechte mit absoluter Wirkung zu schaffen. Da die absolute Wirkung jedoch eine unbestimmte Drittwirkung hat, ist das Mittel der Publizität zur Identifizierung der Art der Rechte mit absoluter Wirkung von entscheidender Bedeutung. Das neue System verwendet die Eintragung als gesetzliches Publizitätsmittel und unterteilt dementsprechend die Vermögensinteressen in eintragungsfähige und nicht eintragungsfähige Vermögensinteressen.[76] Ein eintragungsfähiges Recht kann eingetragen werden, und es steht den Parteien frei, durch die Eintragung ein absolutes Recht an Vermögensinteressen zu schaffen. Doch wie lässt sich feststellen, ob ein Vermögensinteresse eintragungsfähig ist?

Würde sich die Freiheit der dinglichen Rechte vollständig durchsetzen und könnten die Parteien nach eigenem Gutdünken absolute Rechte an jeglichem Vermögen-

[75] *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, § 28 Rn. 24 f.; *Manfred Wolf/Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 20 Rn. 58 f.

[76] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 73 f.

sinteresse begründen, und wäre die Eintragung das einzige rechtliche Publizitätsmittel, so wäre die logische Schlussfolgerung, dass jedes Vermögensinteresse eintragungsfähig ist, und es gäbe keinen Unterschied zwischen eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Vermögensinteressen. Dies ist im neuen System des Großen ZGB jedoch nicht der Fall. Im neuen System ist erstens die Eintragung nicht als einziges Publizitätsmittel vorgesehen. Im Prinzip sind bewegliche Sachen immer noch nicht eintragungsfähig, „weil sie noch zu vielfältig sind, ein breites Wertespektrum aufweisen und wegen ihrer leichten Beweglichkeit schwer zu lokalisieren sind". Ihre Publizitätsmittel bleiben nach wie vor bei Besitz (Publizität der Rechtszugehörigkeit) und Übergabe (Publizität der Transaktion).[77] Zweitens können nicht alle anderen Rechtgüter als die an beweglichen Sachen eingetragen werden. Es besteht kein Zweifel daran, dass herkömmliches unbewegliches Vermögen eintragungsfähig ist, während „Marken- und Patentrechte, die vom Staat gewährt werden, selbstverständlich eintragungsfähige Vermögensinteressen sein können" und andere Vermögensinteressen „der Entscheidung der zuständigen Eintragungsbehörde unterliegen, ob sie eintragungsfähig sind".[78] Unbewegliche Sachen sowie Marken- und Patentrechte sind eintragungsfähig, was nicht außerhalb des Rahmens der *numerus clausus* liegt, während bewegliche Sachen grundsätzlich nicht eintragungsfähig sind, was ebenfalls nicht weit von deutschem Recht entfernt ist. Zudem plädiert das neue System des Großen ZGB dafür, dass der *numerus clausus*-Grundsatz bei geistigen Eigentumsrechten und beweglichen Sachen unverändert weiter gilt.[79] Der Durchbruch des neuen Systems in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit liegt somit in zwei wesentlichen Punkten: Erstens kann die Eintragung von unbeweglichen Sachen von den Parteien frei entschieden werden und ist nicht mehr zwingend vorgeschrieben wie nach dem *numerus clausus*-Prinzip; zweitens wird die Eintragungsfähigkeit anderer Vermögensinteressen hinzugefügt.

Obwohl das *numerus clausus*-Prinzip nach der Rekonstruktion immer noch besteht, wird die Freiheit zur Schaffung dinglicher Rechte im wichtigsten Bereich der unbeweglichen Sachen durch die Eintragungsfreiheit erreicht. Dadurch wird kraft der Eintragung die absolute Wirkung der dinglichen Rechte erkennbar gemacht und die Freiheit der Parteien voll zum Ausdruck gebracht, was als ideal bezeichnet werden kann. Vom Ideal zur Wirklichkeit ist jedoch noch ein technischer Weg zu bewältigen.

Im Vergleich zu unbeweglichen Sachen sind die Publizitätsmittel für bewegliche Sachen zu einfach, um komplexe Rechtsbeziehungen aufzuzeigen, und die physische Ausschließlichkeit des Besitzes bedeutet, dass es nur sehr wenige Arten von Vermögensinteressen gibt, die an beweglichen Sachen begründet werden können, so dass die Bedeutung des *numerus clausus*-Prinzips in Bezug auf bewegliche Sachen be-

[77] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 74.
[78] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 74.
[79] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 74.

grenzt ist. *Wieling* ist sogar der Meinung, dass nach § 1007 BGB jeder, der eine bewegliche Sache besitzt, aufgrund des Besitzschutzes dem Eigentümer gleichgestellt werden kann, was bedeutet, dass das *numerus clausus*-Prinzip im Bereich der beweglichen Sachen faktisch aufgegeben worden ist.[80] Die Gegner weisen darauf hin, dass dies nicht ausreicht, um zu dem Schluss zu kommen, dass das *numerus clausus*-Prinzip im Bereich der beweglichen Sachen nicht anwendbar sei, da die Parteien nach wie vor nicht in der Lage sind, neue Arten von Vermögensinteressen zu schaffen, und auch nicht in der Lage sind, das Eigentum nachhaltig zwischen Nutzungs- und Verfügungsrechten aufzuteilen und eine qualitative Aufteilung des Eigentums vorzunehmen.[81] Wenn jedoch der Besitz weiterhin das Mittel der Publizität bleibt, ist es zweifelhaft, dass sich die von den Parteien geschaffenen Vermögensinteressen an beweglichen Sachen gegenüber den gesetzlich vorgesehenen Rechtstypen durchsetzen können, selbst wenn der Typenzwang gelockert wird. Der Hauptgrund für das Beharren auf das *numerus clausus*-Prinzip im Bereich der beweglichen Sachen besteht vielleicht nicht darin, die Schaffung neuer Arten von Vermögensinteressen einzuschränken, sondern darin, eine ständige qualitative Aufteilung des Eigentums zu verhindern, um den absoluten Charakter des Eigentums zu gewährleisten. Wenn bewegliche Sachen dieses Bedürfnis nach der Fortsetzung der Absolutheit haben, warum sollte der Durchbruch dann bei unbeweglichen Sachen möglich sein?

Ein wichtiger Grund dafür, dass es an unbeweglichen Sachen weitaus mehr Arten von dinglichen Rechten gibt als an beweglichen Sachen, liegt darin, dass der Registerinhalt über die genauen Verhältnisse der Rechte an unbeweglichen Sachen Auskunft geben kann. Wie bereits erwähnt, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen BGB und dem System des Großen ZGB hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit von unbeweglichen Sachen. Nach dem *numerus clausus*-Prinzip des deutschen Rechts sind unbewegliche Sachen eintragungsfähig, aber die Eintragung ist obligatorisch, wenn es sich bei der begründeten Art des Rechts um ein gesetzlich vorgesehenes Recht handelt, während solche Rechte, die keine gesetzlich vorgesehenen Rechte sind, nicht eingetragen werden können. Mit dem Übergang zur Freiheit der dinglichen Rechte ist auch die Eintragung liberal geworden. Das neue System muss also nicht mehr an der Grenze zwischen der dinglichen und schuldrechtlichen Wirkung festhalten; es müssen lediglich die entsprechenden Wirkungen für die Eintragung und Nichteintragung geschaffen werden, wobei die Wahl den Parteien überlassen bleibt. Wie dieser Gedanke gesetzgebungstechnisch zu realisieren ist, muss jedoch sorgfältig geprüft werden.

Mit der Freiheit der Eintragung können die herkömmlichen Arten von Vermögensrechten an unbeweglichen Sachen logischerweise in zwei umgewandelt werden: nicht eingetragene und eingetragene Mietverträge, nicht eingetragene und eingetragene Erbbaurechte, nicht eingetragene und eingetragene Wohnrechte und so weiter

---

[80] *Hans Josef Wieling* (Fn. 19), S. 26.

[81] *Wolfgang Brehm/Christian Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 38.

und so fort. In einer solchen Situation kann es eine Herausforderung sein, eine Rangfolge zwischen funktional ähnlichen Vermögensrechten zu konstruieren.

Laut Prof. *Su* haben die funktional ähnlichen obligationenrechtlichen Verhältnisse an unbeweglichen Sachen und dinglichen Rechtsverhältnisse ursprünglich einen Umwandlungsweg. So heißt es in § 422-1 des taiwanesischen Zivilgesetzes: „Wenn eine Person einen Grund und Boden für den Bau eines Hauses mietet, kann der Mieter nach Abschluss des Vertrages vom Vermieter verlangen, dass er das Erbbaurecht eintragen lässt.“. Nach der Einführung der Liberalisierung der Sachenrechte gibt es jedoch mindestens vier Arten von Konstruktionen für die Mietnutzung von Grundstücken: nicht eingetragene Mietverträge, eingetragene Mietverträge, nicht eingetragene Erbbaurechte und eingetragene Erbbaurechte, und es muss neu bewertet werden, wie der Umwandlungspfad zwischen ihnen zu gestalten ist. Nach dem neuen System ist es vielleicht nicht mehr angebracht zu fragen, ob nicht eingetragene Erbbaurechte dingliche Rechte sind oder ob eingetragene Mietverträge noch Forderungen darstellen, aber auch ohne solche Fragen lässt sich die Frage nach der genauen Unterscheidung zwischen diesen vier Arten von Rechten im Hinblick auf die rechtliche Wirkung nicht vermeiden. Wie unterscheidet man insbesondere zwischen einem nicht eingetragenen Mietvertrag und einem nicht eingetragenen Erbbaurecht und einem eingetragenen Mietvertrag und einem eingetragenen Erbbaurecht? Wie ist es davon ausgehend bei Wohnungsnutzungsverträgen möglich, zwischen nicht eingetragenen Wohnungsmietverträgen und nicht eingetragenen Wohnrechten sowie zwischen eingetragenen Wohnungsmietverträgen und eingetragenen Wohnrechten zu unterscheiden? Darüber hinaus geht das neue System über die freie Bestimmung der einzutragenden Rechtsarten hinaus zur weiteren freien Bestimmung des Eintragungsgegenstandes, was zu einer komplexeren Rangfolge verschiedener Arten von Rechten und einer schwierigeren Definition der Wirkung von Rechten führen dürfte.

In gewisser Weise spiegeln sich die potenziellen Schwierigkeiten bei der Festlegung der rechtlichen Wirkung, die sich aus der Eintragungsfreiheit ergeben, bereits vage im geltenden CZGB wider. In § 341 CZGB heißt es: „Ein Recht zur Bewirtschaftung von Land, das für eine Dauer von fünf Jahren oder mehr in Verkehr gebracht wird, ist in dem Zeitpunkt bestellt, in dem der Vertrag wirksam wird. Die Parteien können die Eintragung des Rechts zur Bewirtschaftung von Land beim Grundbuchamt beantragen; ohne Eintragung darf [die Rechtsänderung] gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.“ Prof. *Wu Xiangxiang* hat Zweifel an dieser Bestimmung geäußert: „Sollte ein Recht zur Bewirtschaftung von Land, welches eine Laufzeit von über fünf Jahren hat und deshalb eintragungsfähig ist, hinsichtlich der Gültigkeit anders behandelt werden als ein Recht zur Bewirtschaftung von Land, welches eine Laufzeit von weniger als fünf Jahren hat und deshalb nicht eintragungsfähig ist? Wird ein im Wege eines Pachtvertrags erworbenes Recht zur Bewirtschaftung von Land, welches eine Laufzeit von über fünf Jahren hat und bereits eingetragen ist, zu einem sekundären Nießbrauch und damit ein solches Pachtrecht zu einem dinglichen Recht? Kann ein dingliches Sicherungsrecht an einem

Recht zur Bewirtschaftung von Land, welches eine Laufzeit von weniger als fünf Jahre hat und nicht eintragungsfähig ist, bestellt werden? Ist die Eintragung eines Sicherungsrechts an einem Recht zur Bewirtschaftung von Land, welches eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren hat, aber nicht eingetragen ist, von der Eintragung des Rechts zur Bewirtschaftung von Land abhängig?“[82] Die Unterscheidung zwischen nicht eintragungsfähigen, nicht eingetragenen eintragungsfähigen und eingetragenen eintragungsfähigen Rechten zur Bewirtschaftung von Land ist kein Produkt der Eintragungsfreiheit, aber im Ergebnis stehen die dreiteiligen Landrechte vor einem ähnlichen Problem der Wirkung wie bei der Eintragungsfreiheit. Daher ist die Frage von Prof. *Wu* eine, mit der sich die Eintragungsfreiheit ebenfalls, wenn nicht sogar noch mehr, auseinandersetzen muss.

Die Komplexität des Problems hört damit nicht auf. Nach dem neuen System sind die eintragungsfähigen Vermögensinteressen nicht auf unbewegliche Sachen beschränkt, sondern umfassen auch „andere Vermögensinteressen“. In einem Großen ZGB, das eine umfassende Sammlung von Privatrechtsnormen sein will, ist es vielleicht noch schwieriger zu bestimmen, welche Vermögensrechte eintragungsfähig sind und wie das Eintragungssystem und die Rangfolge der verschiedenen Arten von Rechten, wie Aktien, Trust, Datenrechte und sogar Forderungen, zu strukturieren sind, als dies bei den eher typisierten Rechten an Immobilien der Fall ist. Das neue System geht nicht direkt darauf ein, sondern gibt lediglich an, dass dies „im Ermessen der zuständigen Eintragungsbehörde“ erledigt werden soll. Diese etwas ausweichende Denkrichtung trägt nicht dazu bei, Zweifel auszuräumen, sondern kann die vielleicht unberechtigte Sorge hervorrufen, dass die Entscheidung der zuständigen Eintragungsbehörde über die Frage der Registerfähigkeit doch zu einer Ausweitung ihrer Befugnisse und einer stärkeren Regulierung beitragen könnte. Selbst wenn in Zukunft die Entscheidung weiterhin bei der zuständigen Eintragungsbehörde verbleibt, müssen m.E. die Kriterien und Verfahren, nach denen die zuständige Eintragungsbehörde ihre Entscheidung trifft, sowie die den Parteien zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe entsprechend ausgestaltet werden, da ansonsten die Folgen einer plötzlichen Einräumung einer praktisch unkontrollierten Befugnis der zuständigen Eintragungsbehörde schwer abzusehen sind.

In jedem Fall wird die Rekonstruktion einer neuen Welt der Freiheit der dinglichen Rechte mittels der Eintragungsfreiheit das ganze System in Bewegung setzen. Wie man ein Gleichgewicht zwischen Begriff und Technik, Handlungsfreiheit und Verkehrssicherheit, Autonomie und Regulierung findet, ist, wie Prof. *Su* sagt, „definitiv kein einfaches Projekt“.[83] Ich bin bereit, abzuwarten und zu sehen, was die Zukunft bringt.

---

[82] *Wu Xiangxiang*, Die Systematisierung der Anspruchsgrundlage in der Kompilation des Zivilgesetzbuches, Yunnan Social Sciences 2019/5, 102.

[83] *Su Yeong-Chin* (Fn. 1), 78.

VI. Fazit

Das Ziel des Großen ZGB ist es, Reinheit und Vollständigkeit zu verfolgen. Ersteres ist die ursprüngliche Bedeutung des „Zivilrechts“, während letzteres vom „Gesetzbuch“ verlangt wird. Die Wiederholung an dieser Stelle dient zur Rehabilitation dieser Bedeutung. Das Große ZGB zielt auch darauf ab, ein neues Paradigma des Zivilgesetzbuches zu etablieren. Es hat die jahrhundertelange Anhäufung von juristischem Wissen in Frage gestellt und muss sich in verschiedenen Aspekten wie Sorgfältigkeit des Begriffssystems, der Erklärungskraft der Normentheorie und der Wissenschaftlichkeit der Normenstruktur einer strengen Überprüfung unterziehen. Unabhängig davon, wie das Große ZGB letztendlich erscheint, ist es wichtig, dass das chinesische Recht als Nachzügler bereits begonnen hat, sich bewusst von der Pfadabhängigkeit des bestehenden Wissensrahmens zu befreien und den ersten Schritt getan hat, um die Vorgänger auf dem Weg der Wissensweitergabe zu überholen. In diesem Sinne können Hu Fengs Worte zitiert werden: „Die Zeit hat begonnen“.

Das System des Großen ZGB ist umfassend und tiefgründig, gepaart mit seiner Originalität. Obwohl der Autor die Entwicklung der Gedanken von Prof. *Su* seit langem verfolgt, wagte er nie zu behaupten, dass er den Gedankengang und die Details von Prof. *Su* vollständig verstanden hat. Daher können die Interpretation und Kritik fehlerhaft sein. Der einzige Zweck dieses Beitrags ist es, mit vielleicht etwas zu scharfer Kritik die Verbesserung des Großen ZGB anzuregen. Sein größter Wert dürfte darin bestehen, dass in der zukünftigen verbesserten Fassung des Großen ZGB alle in dem Beitrag geäußerten Zweifel ausgeräumt oder als unbegründet nachgewiesen werden.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Zhu Qingyu

Wolfgang Wiegand

I. Prolegomena

Wer den Vortrag von Prof. *Zhu* gelesen oder gerade jetzt gehört hat, wird – wie ich – beeindruckt sein von der Fülle von Argumenten und Gedanken zum Großen Zivilgesetzbuch und der Analyse dessen, was er das „neue Zivilgesetzbuchparadigma“ nennt. Deshalb muss ich nicht lange erläutern, warum ich mich in einem kurzen Beitrag nicht mit dieser umfassenden Analyse auseinandersetzen kann. Ich beschränke mich stattdessen auf Bemerkungen zu einigen zentralen Elementen, die Prof. *Zhu* in seiner Gedankenführung behandelt.

II. Keine „Verschmelzung von Obligationenrecht in das Sachenrecht“

Im ersten, einleitenden Teil beschäftigt Prof. *Zhu* sich mit dem Hintergrund, vor dem der Paradigmenwechsel gesehen werden soll. Er behandelt zunächst die „Rekonstruktion der Trennung von Schuld- und Sachenrecht“.

Ausgangspunkt ist der von Prof. *Su* beschriebene „4A-Zustand“ des Sachenrechts: Autonomie, Autarkie, Absolutheit und Abstraktheit.

Dieser Zustand ist das Resultat einer „bewussten Derelationalisierung der Sachenrechte“, durch die die an sich auch dinglichen Rechten innewohnende Beziehung zu Personen „völlig abgeschnitten“ wurde. Ehe auf die Folgerungen, die sich daraus für die beabsichtigte Änderung ergeben, einzugehen ist, erscheint eine nähere Betrachtung der Entwicklung erforderlich, die zu diesem „4A-Zustand“ geführt hat. Nur dann können die Bedeutung und Tragweite der Neuerungen beurteilt werden.

Die mit den 4 Schlagworten – Autonomie, Autarkie, Absolutheit und Abstraktheit – gekennzeichnete Konzeption beruht auf zwei Faktoren, die man getrennt betrachten und behandeln muss.

Grundlage und Anlass ist zunächst die Ablösung des feudalistischen Systems durch die sich zunehmend ausbreitenden Formen der Handels-, der gewerblichen- und schließlich industriellen Wirtschaft. Diese hat Prof. *Su* zu Recht als einen wesentlichen Faktor für die von ihm konstatierte, als *Derelationalisierung* bezeichnete Entwicklung benannt. Das erklärt jedoch nur einen Teilaspekt.

Der zweite Faktor ist ein in dieser ausgeprägten Form historisch seltener Vorgang: Die Entstehung und rasche Dominanz eines dogmatisch/systematisch konzipierten Systems.[1] In meiner zitierten Abhandlung war der Ausgangspunkt die nähere Untersuchung der Bodenmobilisierung als Element der Entfeudalisierung. Aus der umfangreichen Untersuchung der Quellen ergab sich, dass die Entwicklung zwar beim Bodeneigentum einsetzte, die sich ständig steigernde Abstrahierung aber beim Eigentumsbegriff selbst vorangetrieben wurde. Ziel der „Derelationalisierung" war ein für den Waren- und Kapitalverkehr geeignetes Verkehrsrecht (Goldschmidt). Prof. Coing, der beste Kenner des Privatrechts des 19. Jahrhundert im deutschsprachigen Raum und Leiter des Forschungsprogramms (Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert), hat am Ende betont, dass letztlich die durchschlagende Wirkung der Konzeption des abstrakten Privatrechts zur Entstehung eines neuen Konzeptes geführt hat. Ehe darauf sogleich einzugehen ist, lohnt es sich zur Verdeutlichung einen Blick nach Österreich zu werfen. Das ABGB geht von einem weiten Begriff des Eigentums aus (dazu Prof. *Koziol* und Prof. *Zhu*), dennoch hat die juristische Literatur im 19. Jahrhundert unter dem Einfluss der Pandektistik gegen den ausdrücklichen Text des Gesetzes einen engen, abstrakten Eigentumsbegriff postuliert.

Obwohl dieser Vorgang im Einzelnen auch für diese Tagung interessant wäre, beschränke mich auf eine Quelle, die in exemplarischer Weise die Entwicklung zusammenfasst: Der Text, dem das vorangestellte Zitat (Keine „Verschmelzung von Obligationenrecht in das Sachenrecht") entnommen ist, findet sich im Entwurf zum Sachenrecht des BGB, verfasst von Reinhold Johow.[2] Der Entwurf basiert auf dem System des Vermögensrechts, das Savigny entworfen hatte.[3] Dabei handelt es sich teilweise um eine Paraphrase und selbst wo Johow neue Formulierungen wählt, folgt er Savigny uneingeschränkt. Eingangs zeichnet er ein „Schreckensbild" der vergangenen Epochen:

---

[1] Ich habe diese Entwicklung ausführlich analysiert und beschrieben: Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: Der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III, Frankfurt 1976, S. 118 ff.

[2] Zitiert nach der Ausgabe von *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, verfaßt von Reinhold Johow, Teil 1, Berlin 1982, Seitenzahlen der Originalausgabe, Berlin 1880; Texte aus der Begründung S. 1–3.

[3] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts (Berlin 1840) Band l, Zweytes Buch, Die Rechtsverhältnisse, Kap. I §§ 52–59.

Nach der „rationalistischen Theorie des vorigen Jahrhunderts" erschien „das gesammte Rechtssystem als ein System persönlicher Rechte und Verpflichtungen; das Sachenrecht, das Obligationenrecht und das Erbrecht wurden durcheinander geworfen und die einzelnen persönlichen Rechtsbeziehungen nach äußerlichen verstandesmäßigen Gesichtspunkten gruppirt. Hand in Hand hiermit ging ein Beiseiteschieben des für den Charakter der Privatrechtsinstitute so wichtigen Unterschiedes zwischen den Sachen als den körperlichen und den Rechten als den unkörperlichen Vermögensgegenständen". „Diese verwirrende Richtung der Theorie hat von den im Reiche geltenden Rechten insbesondere das preußische Allgemeine Landrecht und den Code Napoleon beeinflußt".

Es springt natürlich allen ins Auge, die sich – wie wir heute – mit dem Großen ZGB befassen, dass dieser so heftig beklagte Zustand große Ähnlichkeit mit dem durch das Große ZGB angestrebten Modell aufweist. Darauf werde ich zurückkommen. Johow hielt es dagegen für wichtig mit dem vorangestellten Zitat zu warnen: Eine „Verschmelzung des Obligationenrechts in das Sachenrecht" werde dem System schaden. Dieses System beschreibt Johow folgendermaßen:

Der heutige Standpunkt der wissenschaftlichen Einsicht in die Natur des bürgerlichen Rechts fordert und ermöglicht nicht nur die Absonderung des Vermögensrechts von dem Familienrecht und dem Erbrecht, sondern auch innerhalb des Vermögensrechts die Scheidung in Sachenrecht und Obligationsrecht. Unter strengem Festhalten an dem für das Recht allein brauchbaren Sachbegriff im Sinne eines räumlich begrenzten Stückes der unfreien Natur muß das Sachenrecht beherrscht sein von der Einsicht, daß das erworbene Recht an der Sache etwas Selbständiges, Eigenartiges ist gegenüber der Obligation, die etwa als Vermittlung und Vorbereitung zu demselben gedient hat, daß die dinglichen Rechte eine unmittelbare Richtung auf die Sache und erst mittelbar eine persönliche Richtung haben."

Das Zitat zeigt in knapper Form auf eindrückliche Weise das, was oben als 4A-Konzept bezeichnet wurde. Es verdeutlicht die Interdependenz der einzelnen Elemente, beispielhaft hervorgehoben für den Sachbegriff, der in Korrelation zum Eigentumsbegriff steht. Diese Festlegungen, die unverändert ins BGB übernommen wurden, haben zur Folge, dass punktuelle Modifikationen in sinnvoller Weise nicht möglich sind, dass vielmehr ein umfassender Neuansatz erforderlich ist, wenn einzelne Folgen des 4A-Konzepts nicht mehr akzeptabel erscheinen. Ein solcher Punkt ist der in dem dargestellten deutschen Grundkonzept zentrale *numerus clausus* der dinglichen Rechte. Dazu ist ergänzend festzuhalten: Auch das schweizerische ZGB, das insgesamt weniger „pandektistisch" geprägt ist als das BGB, folgt dem Grundsatz des *numerus clausus,* setzt ihn aber nicht so strikt um.[4]

[4] Darstellung dazu *Wiegand*, Basler Kommentar, ZGB II, vor Art. 641 ff N 61 ff.

III. Verzicht auf einen *numerus clausus* im Sachenrecht

Prof. *Su* geht davon aus, dass die Beschränkung der zulässigen dinglichen Rechte zu einer Verarmung der Vielfalt und zur Unterdrückung der Entwicklung neuer Rechtspositionen geführt hat. Das Resultat ist in den Worten von Prof. *Zhu, „*dass das Sachenrecht dünn und das Schuldrecht dick wird". Deshalb sei auf den *numerus clausus* zu verzichten.

Aus der Beschreibung des dem BGB zugrundeliegenden Modells selbst wie auch aus den zitierten Passagen ergeben sich die Vorgaben für die vom Gesetzgeber zu kreierenden Normen: Das gilt zum Beispiel für die schon erwähnte Korrelation von Eigentum und Sachbegriff, die beide auf das seit Savigny dominante Element der Körperlichkeit abstellen. Vorgegeben ist auch die strikte Trennung der sachenrechtlichen Regeln und Institute von jedweder Art schuldrechtlicher Verknüpfung (Absolutheit und Abstraktheit). Daraus folgt jedoch nur, dass jede Mischform (in der Diktion Savignys „Abirrung") ausgeschlossen ist, aber nicht welche Sachenrechte in dem zu konzipierenden Sachenrecht aufzunehmen und in welcher Weise sie inhaltlich auszugestalten seien. Das wird deutlich durch die in den Motiven[5] wiedergegebenen Erwägungen zu diesem Punkt. Nach der Bestimmung des Begriffs des dinglichen Rechtes wird erörtert, „welche dinglichen Rechte das bürgerliche Gesetz zu regeln hat" und „ob die Aufnahme des einen oder des andern Instituts dem Zweck der gegenwärtigen Kodifikation entsprechend ist". Daraus ergibt sich: Die Gesetzesverfasser gingen davon aus, dass sie in ihrer Entscheidung frei seien; sie waren also nicht der Vorstellung verhaftet, dass eine bestimmte Art und Zahl von dinglichen Rechten vorgegeben sei und in das Gesetzbuch aufgenommen werden müsse. Das bedeutet, dass man sich nicht für einzelne dingliche Rechte, sondern für das Prinzip des *numerus clausus* entschied. Daran schließt sich jene Schlusspassage an, die Prof. *Zhu* ausführlich zitiert hat.[6] In dieser Passage sind alle leitenden Gesichtspunkte der oben beschriebenen Entwicklung zusammengefasst:

---

[5] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band III (1888); die erwähnten Einteilungen und die folgenden Zitate finden sich auf S. 1–3.

[6] „Der Standpunkt des Allgemeinen Landrechtes ist in der That unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkennung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechts der Schuldverhältnisse. Der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechtes ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung desselben; er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muss, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es hat die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Betheiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehr-

Der Ausschluss der Gestaltungsfreiheit, der dazu führt, dass „Sachenrechtsnormen im Vergleich zu Schuldrechtsnormen so dünn sind" (Prof. *Zhu* unter Verweis auf Prof. *Su*); die Notwendigkeit den Inhalt der Sachenrechtsnormen im Sachenrecht und nicht in ergänzenden schuldrechtlichen Regulierungen bestimmen.

Dies führt zur Schlussfolgerung: „Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: Die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene".

Dementsprechend wurde das Sachenrecht ausgestaltet, wobei das Prinzip des *numerus clausus* keine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz findet. Den Gesetzesverfassern war jedoch klar, dass das Prinzip abgesichert werden musste, um schuldrechtliche Abreden mit dinglicher Wirkung auszuschließen oder anders ausgedrückt: es musste sichergestellt werden, dass nur die im Gesetz anerkannten Sachenrechte dingliche Wirkung haben dürften. Es werden deshalb Regelungen aus dem Gemeinen Recht, dem ABGB und dem ALR, die hier nicht im Einzelnen darzulegen sind, erörtert und ausgeschlossen. Beispielhaft genannt sei die im ALR und ABGB vorgesehene Möglichkeit der „Beschränkung des Eigentums durch Willenserklärung", die zu einer im Entwurf des Sachenrechts nicht vorgesehenen Form des Eigentums führt und unter Bezugnahme auf die Abstraktheit des Eigentumsbegriffes verworfen wird. Im Kern geht es darum, dass drittwirksame Abreden über Sachenrechte verhindert werden sollen. So lautete § 91 des Vorentwurfs zum BGB: „Die vertragsmäßige Verpflichtung des Eigentümers, die Sache nicht zu veräußern oder zu belasten, ist gegen Dritte wirkungslos." Diese Regel, die im Laufe des Gesetzgebungsverfahren generalisiert und in den Allgemeinen Teil[7] verlagert wurde, zeigt zweierlei: Sie unterstreicht die Entschlossenheit der Gesetzesverfasser, den Ausschluss drittwirksamer Abreden über Sachenrechte, strikt auszuschließen. Zugleich wird ein weiteres Motiv für den *numerus clausus* sichtbar, das verallgemeinert in der Vorschrift des § 137 BGB zum Ausdruck kommt: Es geht darum, die Verkehrsfähigkeit („Zirkulationsfähigkeit") möglichst vieler Güter zu erhalten. Damit fügt sich das *numerus clausus* Prinzip in das Gesamtkonzept 4A ein, das – wie oben – auf einem theoretischen Dogma beruht, aber auch der Ausbildung eines von unnötigen Bindungen befreiten Verkehrsrechts dient.

Das derart konzipierte Sachenrecht wurde schon vor in Kraft treten des BGB kritisiert. Im heute zu betrachtenden Kontext genügt es, auf Otto von Gierke zu verweisen. In seiner berühmten Schrift „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht" (1899) heißt es zum Sachenrecht: „Wie im Obligationenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit bis an die äußersten Grenzen verwirklicht wird, so wird im Sachenrecht umgekehrt das Prinzip der absoluten Norm bis zur Vernichtung aller

te Grundsatz: Die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene".

[7] BGB § 137 (1): Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Gestaltungsfreiheit der Beteiligten durchgeführt."[8] Anschließend führt Gierke zahlreiche Beispiele auf, in denen das entworfene Sachenrecht der Rechtswirklichkeit nicht genügen könne. Sein Befund stimmt weitgehend mit dem überein, was Prof. *Su* zu seinen Folgerungen veranlasst, „den Raum für private Kreativität in dinglichen Verhältnissen freizugeben" (so formuliert von Prof. *Zhu*).

Dessen ungeachtet ist das Sachenrecht des BGB unter weitgehender Beachtung des *numerus clausus* über hundert Jahre praktiziert worden. Zwar sind punktuelle Durchbrechungen des *numerus clausus* im Wege der Rechtsfortbildung erfolgt, Forderungen nach einer generellen Neuorientierung blieben ohne Erfolg.[9]

Auch in der Schweiz ist die Entwicklung ebenso verlaufen. Gerade hier hat ein Beispiel aus jüngster Zeit die blockierende Wirkung des geschlossenen Systems gezeigt.

Die Schweiz hat in Anlehnung an die Unidroit Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities (verabschiedet in Genf 2009) das Schweizerische Bundesgesetz über Bucheffekten erlassen.[10] Ziel des Gesetzes ist es, die rechtliche Behandlung der so genannten Bucheffekten zu regulieren. Zu diesem Zweck werden sie zunächst in Art. 3 definiert:

1. Bucheffekten im Sinne dieses Gesetzes sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten:
   a. die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind; und
   b. über welche die Kontoinhaberinnen und Kontoinhaber nach den Vorschriften dieses Gesetzes verfügen können.
2. Die Bucheffekte ist der Verwahrungsstelle und jedem Dritten gegenüber wirksam; sie ist dem Zugriff der weiteren Gläubigerinnen und Gläubiger der Verwahrungsstelle entzogen.

Im vorliegenden Zusammenhang sind nur zwei Punkte wesentlich: Die Qualifizierung der Bucheffekte als Forderung/Mitgliedschaftsrecht, das sich gegen ein Subjekt richtet. Und die in Absatz 2 festgeschriebene Drittwirksamkeit und der Vollstreckungsschutz. Es stellt sich vor dem Hintergrund der heutigen Tagung die Frage nach der Rechtsnatur dieser Bucheffekte. Der Gesetzgeber[11] beantwortet sie so:

„Bucheffekten weisen Merkmale sowohl einer schuldrechtlichen Forderung als auch einer Sache auf. Ihnen kommen alle funktionellen Eigenschaften eines Wertpapiers zu, ohne Sache im Sinne der schweizerischen Privatrechtsordnung zu sein. Für die Bucheffekten gilt eine einheitliche Regelung, unabhängig davon, ob das unterliegende Recht ein Wertpapier, eine Globalurkunde oder ein Wertrecht ist. Für die Entstehung von Bucheffekten, deren Übertragung oder für die Begründung von Rechten daran anerkennt der Entwurf die konstitutive Wirkung von Gutschriften in Effektenkonten."

---

[8] Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (1899) S. 281 f.

[9] Übersicht bei *Wiegand*, Das Sachenrecht im Verhältnis zum Schuldrecht, in AcP 190 (1990), 113, 134 ff.

[10] In Kraft getreten im Oktober 2008, Kurzbezeichnung BEHG.

[11] Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierabkommen vom 15. November 2006, publiziert im Bundesblatt (BBl) 2006, 9315 ff.

Diese Passage der amtlichen Begründung zeigt auf geradezu exemplarische Weise die Aporie, die durch das System verursacht wird. Die Bucheffekte hat Merkmale einer Sache und einer Forderung ist aber keines von beiden, sie ist – wie es an anderer Stelle heißt – ein Vermögensrecht *sui generis.* Praktische Probleme haben sich deshalb nicht ergeben, weil Begründung und alle die Bucheffekte betreffenden Transaktionen im BEG selbst geregelt sind. Zudem soll die Anwendung des Allgemeinen Privatrechts ausgeschlossen sein, ohne klarzustellen, was das heißen soll. Ich gehe auf die über diese Qualifizierungen entbrannten Diskussionen nicht ein, denn die zitierte Begründung macht auf anschauliche Weise deutlich, dass und warum das überkommene System nicht geeignet ist, die zunehmende Vielfalt der Vermögensrechte angemessen zu erfassen.

IV. Konsequenzen des Verzichts auf einen *numerus clausus* im Sachenrecht

Der mit dem *numerus clausus* verfolgte Zweck ist – wie oben dargelegt – die Konsistenz und Konsequenz des 4A-Konzepts zu gewährleisten. Der Zweck erschöpft sich nicht darin. Vielmehr soll durch die strikt ausgeformten, in ihrer fixierten Zahl leicht erkennbaren Sachenrechte die Transparenz der dinglichen Rechte sichergestellt und signalisiert werden. Diese Signalisierung erfolgt im deutschen und schweizerischen Recht durch die bekannten Publizitätsmittel: Eintragung ins Grundbuch bei Grundstücken und Besitz bei beweglichen Sachen. Durch diese Publizitätsmittel wird einerseits der Geschäftsverkehr geschützt, andererseits das Vollstreckungsrecht abgesichert: Dingliche Positionen und deren Drittwirkung werden angezeigt, sie genießen Vollstreckungsschutz. Ich gehe auf die in vieler Hinsicht problematischen Fragen der Wirksamkeit diese Signale nicht ein, entscheidend ist vielmehr wie diese Funktionen im neuen System wahrgenommen werden.

Prof. *Zhu* hat darauf hingewiesen, dass nach der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht die Differenzierung in absolute und relative Rechte bestehen bleiben muss. Auch der Wegfall eines *numerus clausus* dinglicher Rechte ändert daran nichts. Es stellt sich die Frage, wie dieser Wegfall ausgeglichen oder aufgefangen wird. Um die dinglichen Rechte als solche zu kennzeichnen, ist deshalb die Verwendung von Publizitätsmitteln erforderlich. So kann die durch Wegfall des *numerus clausus* verloren gegangene Funktion erhalten bleiben. Für die Zirkulationsfähigkeit der Güter und die Identifizierung der dinglichen Rechte wird die Publizität als Substitut eingesetzt.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Gestaltungsfreiheit bei dinglichen Rechten zwar im Prinzip besteht, die Parteien können dingliche Rechtspositionen kreativ schaffen, müssen dann aber entscheiden, ob sie durch ein Publizitätsmittel dieser Position Drittwirkung verschaffen. Bei Grundstücken besteht der Unterschied zu existierenden Systemen darin, dass die Parteien in ihrer Entscheidung frei sind. Ver-

einbaren sie eine Hypothek nach schweizerischem ZGB, so muss sie eingetragen werden, damit sie entsteht, oder ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nach § 1204 BGB kommt nur zur Existenz, wenn die Sache übergeben wird. Nach dem Großen ZGB entstehen die dinglichen Rechte inter partes so wie sie nach dem Parteiwillen ausgestaltet sind, haben aber Dritten gegenüber keine Wirkung. Prof. *Zhu* hat das im Einzelnen beschrieben und die Schlussfolgerung gezogen, dass letzten Endes der *numerus clausus* erhalten bleibt, allerdings in anderer Form. Die Drittwirkung entsteht nur durch einen zusätzlichen Akt, ein Publizitätszeichen. Prof. *Zhu* nennt dies die Eintragungsfreiheit und findet, dass darin „die Freiheit der Parteien voll zum Ausdruck“ kommt.

Für mich stellt sich die Frage, in welchem Umfang die den Parteien durch Wegfall des *numerus clausus* eingeräumte volle Gestaltungsfreiheit gewährleistet ist.

Das hängt von der Ausgestaltung und Praktikabilität des Eintragungssystems oder allgemeiner der Publizitätsmittel ab.

Das Große ZGB stellt als Mittel dieser Publizität das System der Eintragung der Vermögensinteressen zur Verfügung. Voll umgesetzt wäre die Gestaltungsfreiheit, wenn jedes Vermögensinteresse eintragbar wäre. Das ist sowohl aus faktischen wie aus theoretischen Gründen zur Zeit nicht realisierbar.

Voraussetzung für die Anerkennung der absoluten Wirkung der getroffenen Vereinbarung ist, dass das Vereinbarte ein eintragungsfähiges Vermögensinteresse ist. Das heißt, dass auf einer zweiten Ebene ein *numerus clausus*-Effekt eintritt. Die maßgebliche Schleuse bildet die Eintragungsfähigkeit. Prof. *Zhu* hat aufgezeigt, dass die technische Umsetzung und die Entscheidung über dieses Kriterium Probleme machen wird. Diese sind eher lösbar beim unbeweglichen Vermögen. Beim beweglichen Vermögen treten die gleichen Schwierigkeiten auf, die im deutschen oder schweizerischen Recht seit langem geläufig sind.

V. Schlussbemerkung

Der von Prof. *Zhu* beschriebene Paradigmenwechsel ist gerade vor dem hier punktuell aufgezeigten historischen Hintergrund eindrucksvoll. Ob und inwieweit er sich verwirklichen lassen wird, ist mit Spannung zu beobachten.

VI. Postscriptum

In der anschließenden Diskussion stellte Prof. *Zhu* eine Frage in Bezug auf das Eigentum, indem er eine Aussage des chinesischen Wirtschaftswissenschaftlers Zhang Wuchang wiedergibt, der einmal gesagt habe, dass die privaten Eigentumsrechte das Recht auf Nutzung (oder die Entscheidung zur Nutzung), das Recht auf freie Übertragung und das Recht auf ungehinderten Genuss der Einkünfte umfassen, und dass

bei diesen drei Rechten das Eigentum (Ownership Right) nicht notwendig ist. Die Tatsache, dass in China der gesamte Grundbesitz in öffentlichem Besitz ist und Privatpersonen nur das Recht zur Nutzung von Grund und Boden haben, was einem Nießbrauch gleichkommt, werde von Zhang Wuchang als Beleg für die Richtigkeit dieser Behauptung angeführt. Prof. *Zhus* Ansicht nach ist dieser Gedanke in gewisser Weise mit dem Vorschlag von Prof. *Su* verwandt. Schließlich stellt er sich die Fragen: Wenn die Grenzen der Sachenrechte durch ein Registrierungssystem festgelegt werden können, warum ist dann der *numerus clausus* dinglicher Rechte erforderlich? Wären die durch die Registrierung definierten Grenzen nicht ebenso sicher für Transaktionen? Er hege den gewagten, aber unbewiesenen Verdacht, dass der Sinn des *numerus clausus* dinglicher Rechte darin bestehen könnte, erstens den absoluten Charakter des Eigentums zu bewahren und eine qualitative Aufteilung des Eigentums zu vermeiden und erst danach die verschiedenen Typen von Sachenrechten zu begrenzen. Die Frage des absoluten Charakters des Eigentums sei bereits während der Französischen Revolution betont worden und finde sich auch im französischen Zivilgesetzbuch wieder. Er habe in historischen Quellen gelesen, dass der *numerus clausus* dinglicher Rechte eigentlich bereits im französischen Zivilgesetzbuch entstanden ist, und zwar mit der Begründung, dass das französische Zivilgesetzbuch den absoluten Charakter des Eigentums betonte.[12]

In dieser Frage sind inzident mehrere Feststellungen und Hypothesen enthalten. Deshalb ist die Beantwortung nur stufen- und schrittweise möglich.

Der erste Teil der Frage bezieht sich auf eine schon im Vortrag von Prof. *Zhu* erwähne These von Prof. Wuchang. Diese ist an sich klar: Wenn das Eigentum nur von einer Person gehalten wird, dann sind die darauf lastenden Rechte auch ohne Verwendung des Eigentumsbegriffes und der Eigentumsstruktur denkbar. Sehr deutlich wird dies beim Übergang vom naturrechtlich geprägten Eigentumsbegriff der feudalen Strukturen, der die horizontale und vertikale Teilung des Eigentums zulässt und erfordert, zum oben erläuterten 4A-Zustand. Die auf dem absoluten, unteilbaren Eigentum lastenden Berechtigungen nehmen am Eigentum nicht teil, sie schränken dessen Ausübung partiell und temporär ein. Nach Wegfall der Belastungen kehrt das Eigentum automatisch zu seiner ursprünglichen Form zurück (sogenannte Ballon-Theorie). Deshalb enthalten diese Belastungen auch kein Eigentumselement (*particulum proprietatis*). In dem so ausgestalteten Sachenrechtssystem ist, sofern das absolute Eigentum des Staates anerkannt ist, kein weiterer Raum für irgendeine Form von Eigentum. Voraussetzung für die Funktionalität dieses Systems ist jedoch, dass die jeweiligen Berechtigungen im materiellen Recht in ihrer dinglichen Wirkung konzipiert und verfahrensrechtlich abgesichert sind. Im 4A-System geschieht dies durch den *numerus clausus.*

Im zweiten Teil seiner Fragestellung geht es Prof. *Zhu* darum, inwieweit diese Voraussetzungen im System von Prof. *Su* erfüllt sind. Er nimmt an, dass das darin

[12] Text der Frage übersetzt von Prof. Bu.

vorgesehene Registrierungssystem die Funktion eines *numerus clausus* habe und so diesen überflüssig machen könnte. Das entspricht auch meiner oben dargelegten Einschätzung. Allerdings ist zu beachten, dass die Registrierung dinglicher Rechte weltweit praktische und grundsätzliche Probleme bereitet. Ein Beispiel hierfür ist die von der Uncitral Working Group VI (Secured Transaction)[13] vorgeschlagene Registrierung der Secured Transactions. Ich habe als Vertreter der Schweiz bei der Gruppenarbeit wie bei der Reaktion in der Schweiz erfahren müssen, welche Vorbehalte und Vorurteile gegen ein Sicherheitenregister bestehen. Auf die praktischen Probleme hat Prof. *Zhu* in seinem Vortrag hingewiesen. Werden diese Hemmnisse beseitigt, dann würde ein zusätzlicher *numerus clausus* wohl entbehrlich. Inwieweit daneben noch eine Funktion des *numerus clausus* verbliebe (Sicherung der Absolutheit des Eigentums) lässt sich nicht generell beurteilen. Das hängt davon ab, welche Bedeutung der materielle Gesetzgeber diesem Punkt zuweist. Wenn das Eigentum ausschließlich dem Staat zusteht, besteht keine Gefahr für dessen Aufteilung. Dem Gesetzgeber steht es dann zu, den Rahmen der neuen sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit zu bestimmen, indem er die Möglichkeiten der Registrierung festlegt.

[13] Publiziert unter dem Titel Uncitral Guide on Secured Transactions, New York 2010.

Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Zhu Qingyu

Xie Gen[*]

Der Vortrag von Professor Zhu enthält seine Interpretation des Beitrags von Professor Su und eine Reihe von darauf basierenden Fragen.

Professor Sus Beitrag ist ein großer Wurf seiner langjährigen Forschung zur Kodifikationslehre und deckt ein breites Spektrum von Themen ab, insbesondere Erkenntnisse der Kodifikationslehre, mit denen ich mich nicht so gut auskenne. Trotz meines äußerst begrenzten persönlichen Verständnisses konnte ich die ambitionierte Absicht, die weitreichende Vision und das stringente Denken spüren.

Glücklicherweise gibt es den Vortrag von Professor Zhu. Der Vortrag von Professor Zhu ist in erster Linie eine benutzerfreundliche und gleichzeitig hochprofessionelle Einführung, die meiner Meinung nach dem Leser helfen wird, den Beitrag von Professor Su besser zu verstehen, und ich selbst habe davon sehr profitiert. Im Folgenden möchte ich mit den Tagungsteilnehmern ein paar kurze Eindrücke über den Vortrag von Professor Zhu und den Beitrag von Professor Su teilen.

I. Allgemeiner Teil des Vermögensrechts

Professor Su plädiert für die Ersetzung von Forderungen und dinglichen Rechten durch persönliche und dingliche Rechte, wobei der Gegenstand der dinglichen Rechte so weit gefasst ist, dass alle kontrollierbaren Ressourcen, die Gegenstand von Rechten und Pflichten sein können, und andere auf öffentlich-rechtlichen Kontrollen basierende und als verkehrsfähig zugelassene Vermögensinteressen wie Quoten, Kennziffern, Rangfolgen und Flächenquoten darunter fallen können. Eine solche innovative Idee würde, wenn sie gesetzlich umgesetzt würde, nicht nur die Grenzen der Zivilrechtslehre erheblich erweitern, sondern das Klischee der Wirtschaftswissen-

[*] Aus dem Chinesischen übersetzt von Yuanshi Bu.

schaftler über die Konservativität und Selbstgefälligkeit der Rechtswissenschaft umkehren.

Letztlich muss das Abenteuer der Ideen jedoch auf technischer Ebene umgesetzt werden. Professor Zhu äußert seine Bedenken just auf der technischen Ebene: „Die Regeln zu den Gegenständen haben jedoch nicht nur deshalb eine stärkere Eignung als der gemeinsame Faktor, weil sie umfassender aufgelistet sind." Ich pflichte ihm sehr gerne bei. Abgesehen von der Vielzahl der auf öffentlich-rechtlichen Kontrollen basierenden und als verkehrsfähig zugelassenen Interessen wie Quoten, Kennziffern, Rangfolgen und Flächenquoten, fürchte ich, dass es allein im Bereich des geistigen Eigentums schwierig ist, allgemeingültige Normen zu finden. Im wissenschaftlichen Kreis des geistigen Eigentumsrechts herrscht die Auffassung vor, dass die Legitimität des Systems des geistigen Eigentums auf Anreizen beruht. Für verschiedene Arten von Informationen sind ganz unterschiedliche Anreize vorhanden. Dabei kann es sich entweder um ein Modell der absoluten Rechte (z.B. Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht), um ein Modell der Verhaltenskontrolle (z.B. Schutz von Geschäftsgeheimnissen) oder um dingliche Rechte ohne Ausschließlichkeitswirkung (z.B. das Interesse des Inhabers an einer Zwangslizenz) sowie um zivilrechtlich schwer einzuordnende Rechte (z.B. Patentanmeldungsrecht) handeln. Aus diesem Grund sind sogar geistige Eigentumsrechte alleine bereits schwer als ein einheitlicher Gegenstand zu regeln, sowohl auf der Ebene der Gegenstände als auch auf der Ebene der Vermögensverhältnisse. Die duale Struktur von persönlichen und dinglichen Rechten wird nach wie vor den schwierig einzuordnenden Zwischenbereichen begegnen, genau wie es auch bei der dualen Struktur von Sachen- und Schuldrecht der Fall ist.

II. Adressaten des Großen Zivilgesetzbuches (Zielpublikum)

Jede Gesetzgebung hat hypothetische Adressaten. Dazu gibt es schon immer eine Dichotomie zwischen der Auffassung der Juristen als Adressaten und der Auffassung der normalen Bürger als Adressaten. Jede Auffassung hat ihre Vorzüge. Für den Architekten des Großen Kodex ist dies ein ebenso unvermeidliches Problem. Nach Ansicht von Professor Su besteht die Bedeutung eines Großen Zivilgesetzbuchs darin, einen möglichst breiten Raum für Privatautonomie zu schaffen. Deshalb soll es den Teilnehmern ziviler Tätigkeiten möglichst viele Möglichkeiten und Freiräume bieten. Aus diesem Grund sollte das Große Zivilgesetzbuch in seiner Gliederung den Galaxienregeln[1] folgen und Rechtsinstitute mit ähnlichen Funktionen zusammenfassen, um den Vergleich und die Auswahl zu erleichtern – und sozusagen „das Recht zu finden". Für Professor Zhu scheint das Große Zivilgesetzbuch, das Professor Su erwartet, den Bürger als primären Leser zu haben. In Anbetracht der fachlichen Tie-

[1] Zum Begriff vgl. in diesem Band, S. 187, Fn. 23.

fe des Zivilrechts kann ausgeschlossen werden, dass die überwiegende Mehrheit der Bürger über ausreichende Fähigkeiten zur Rechtsfindung verfügt. Würde dies bedeuten, dass sich die Leserschaft des Großen Zivilgesetzbuches hauptsächlich auf Geschäftsleute und Juristen beschränken würde? Natürlich würde selbst dies die systemische Bedeutung des Großen Zivilgesetzbuches nicht unbedingt schmälern.

Darüber hinaus befürwortet Professor Su die Herausnahme aller Regulierungen als Sondergesetze aus dem Gesetzbuch. Aber auch in der Ära des sektoralen Zivilrechts hat sich das Zivilgesetzbuch, vermischt mit allen möglichen Regulierungsnormen, durch die zunehmende Komplexität der Transaktionsgesellschaft und die von dichten Regulierungen des öffentlichen Rechts und der Sonderprivatgesetze umgebene Rechtspraxis von der realen Welt entfernt. Das typischste Beispiel dafür ist die Aushöhlung des Besonderen Teils des Vertragsrechtsbuchs. Diese Aushöhlung rührt daher, dass die Lehrveranstaltungen zum Vertragsrecht an den juristischen Fakultäten meist auf das allgemeine Vertragsrecht ausgerichtet sind, während der Besondere Teil des Vertragsrechts ignoriert wird. Ein reines Großes Zivilgesetzbuch bedeutet, dass es von vornherein so konzipiert ist, dass es durch verschiedene zivilrechtliche Sondergesetze ausgehöhlt werden soll. Die Aushöhlung des Großen Gesetzbuchs wird die Abweichung des Gesetzbuchs von der Rechtspraxis zweifellos noch verstärken. Das Ergebnis wird zweifellos die Funktion des Gesetzbuchs zur Rechtsfindung und Rechtsspeicherung gewissermaßen abschwächen.

III. Angemessenheit des dreifachen Allgemeinen Teils

Gegenüber dem von Professor Su aufgestellten dreifachen Allgemeinen Teil äußerte Professor Zhu seine Vorbehalte. Nach Ansicht von Professor Zhu liegt der Kern des Allgemeinen Teils des Zivilrechts in der Rechtsgeschäftslehre, was dazu führt, dass der Allgemeine Teil des Zivilrechts eigentlich nur der Allgemeine Teil des Vermögensrechts ist und das Familien- und Erbrechtsbuch nicht abdecken kann. Die Konzeption des Großen Zivilgesetzbuchs würde zu einem doppelten Allgemeinen Teil im Vermögensrecht führen. Diesem Vorwurf könnte man vielleicht entgegenhalten, dass erstens die Aufteilung des Gesetzbuches in einen allgemeinen und einen besonderen Teil nicht genau mit einem algebraischen gemeinsamen Faktor gleichgesetzt werden kann und dass diese Aufteilung nicht garantieren kann, dass die Normen des Allgemeinen Teils automatisch auf alle Bereiche unterhalb des Allgemeinen Teils anwendbar sind. Auch die Rechtsgeschäftslehre ist nicht unbedingt auf unerlaubte Handlungen anwendbar. Zweitens kann die Frage, ob die Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich oder nur ausnahmsweise auf das Familien- und Erbrechtsbuch anwendbar ist, an sich erneut geprüft werden. Drittens entstehen im Zuge des Wandels von Rechtsinstituten neue Elemente im Allgemeinen Teil des Zivilrechts. Mit der Einführung der Rechtsfigur der rechtsgeschäftlichen Vormundschaft für Erwachsene sind die gemeinsamen Normen der rechtsgeschäftlichen Vormundschaft und der

gesetzlichen Vormundschaft besser geeignet, als Regeln für natürliche Personen in den Allgemeinen Teil des Zivilrechts aufgenommen zu werden.

IV. Die Peripherie des Großen Zivilgesetzbuches

Nach der Lesart von Professor Zhu wäre ein großes Zivilgesetzbuch eine vollständige Sammlung von Privatrechtsnormen. Ich fürchte jedoch, dass dieses Verständnis nicht mit der von Professor Su vertretenen dichotomen Konstruktion eines großen Zivilgesetzbuchs + ziviles Sonderrecht übereinstimmt.

In der Peripherie des Großen Zivilgesetzbuches gibt es jedoch nicht nur Sonderzivilgesetze, sondern auch begleitende zivilrechtliche Umsetzungsverordnungen. Insbesondere wenn der Sachbegriff auf alle kontrollierbaren Ressourcen ausgedehnt wird, wird es eine Vielzahl von Regelungen für die Entstehung und das Erlöschen dieser Ressourcen geben. Man braucht nur an die Entstehung von Patentrechten zu denken, dann wird bereits ersichtlich, wie groß und komplex solche Normen sind. Bei diesen Normen handelt es sich nicht um Sonderzivilgesetze, die sich auf das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte beziehen, aber sie sind auch nicht geeignet, in das Gesetzbuch aufgenommen zu werden. Auch aus diesem Grund ist ein externer Anschluss erforderlich. Natürlich würde eine solche externe Anschlussstruktur die Fähigkeit der Zivilrechtstheorie verbessern, periphere Systeme zu verwalten, und wäre der Aufrechterhaltung der Systematik der Rechtsauslegung förderlicher.

V. Numerus clausus im Recht des geistigen Eigentums

In Bezug auf den von Professor Su vertretenen Liberalismus der Sachenrechte geht es Professor Zhu um die Frage, wie die Eintragungsfähigkeit von Vermögensrechten und -interessen und die Rangfolge der Wirkungen der ähnlichen Vermögensrechte bestimmt werden können. Dies sind in der Tat Fragen, die beantwortet werden müssen, vor allem die letztgenannte, welche sorgfältige Überlegungen auf einer Ebene der Einzelheiten erfordert.

Mir geht es jedoch eher um die Frage, ob beschränkte dingliche Rechte an geistigen Eigentumsrechten dem *numerus clausus* unterliegen oder frei geschaffen werden können. Professor Su vertritt die Auffassung, dass das Verhältnis von Rechten und Pflichten bei geistigen Eigentumsrechten nicht auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt ist und im Falle einer Lockerung der Schaffung von neuen Rechten die Kosten für die Verhinderung von Rechtsverletzungen unendlich höher wären. Daher soll der *numerus clausus* für eintragungsfähige geistige Eigentumsrechte gelten. Ein beschränktes dingliches Recht an geistigen Eigentumsrechten ist der Nießbrauch an Rechten. Das Wesen des Nießbrauchs ist eine teilweise konstitutive Übertragung des

Rechts. Ein Nießbrauch an geistigen Eigentumsrechten ist wiederum nichts anderes als eine vollständige oder teilweise Übertragung der einzelnen Rechtsbefugnisse. Da geistige Eigentumsrechte nur einen einzigen Typ des Nießbrauchs, nämlich die Lizenzierung, kennen, würde es bedeuten, dass bei der Lockerung der beschränkten Rechte an geistigen Eigentumsrechten nur Variablen in der inhaltlichen Dimension erhalten bleiben, was zu deutlich geringeren zusätzlichen Bewertungskosten (*measurement costs*) führen würde als das Zusammenspiel von Variablen sowohl in den Typen als auch in der inhaltlichen Dimension, das die Freiheit der Schaffung dinglicher Rechte mit sich bringen würde. Außerdem reicht die initiale Eintragung des Schutzrechts aus, um der Warnungsfunktion nachzukommen. Ist es daher auch gerechtfertigt, die Freiheit bei der Schaffung beschränkter dinglicher Rechte an geistigen Eigentumsrechten beizubehalten, wenn die Schaffung dinglicher Rechte selbst nicht mehr beschränkt ist?

VI. Wertungsziele des Großen Zivilgesetzbuches

Professor Su hat sich stets für die Reinheit des Zivilgesetzbuchs eingesetzt, d. h., dass alle regulatorischen Elemente aus dem Gesetzbuch ausgeschlossen werden sollten, um die Privatrechtsautonomie so weit wie möglich zu wahren. Das Problem besteht darin, dass die privatrechtliche Autonomie selbst mehrdeutig ist und sich entweder auf eine Autonomie in rein formalistischem Sinne oder auf eine Autonomie beziehen kann, die ein gewisses Maß an materieller Freiheit einschließt, wobei Letzteres in der Substantivierung des Zivilrechts zum Ausdruck kommt. Die Werte, die der Autonomie entgegenstehen, sind nicht nur die verschiedenen Werte, die in den verschiedenen Kontrollen enthalten sind, sondern auch das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung. Ich frage mich jedoch, welche Art von Privatrechtsautonomie im Großen Gesetzbuch geschützt werden soll: die Autonomie im rein formalen Sinne oder die Autonomie, die ein gewisses Maß an materieller Freiheit einschließt? Welche Rolle wird der Grundsatz des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung in einem reinen Zivilgesetzbuch spielen?[2]

[2] Gemeint ist, ob z. B. Wucher im Sinne der Wahrung der Privatautonomie auch nicht mehr gesetzlich verboten werden soll.

Zusammenfassung der Diskussionen

Maja Ruhl

I. Erste Sitzung (13.01.2022)

1. Erwiderung Prof. Su Yeong-Chin auf die Diskussionsbeiträge

Prof. Su Yeong-Chin betonte in seiner Erwiderung die Wichtigkeit, nicht, wie manche seiner Kollegen in Festlandchina, direkt einzelne Neuerungen zu diskutieren, sondern zunächst die grundsätzliche Gestaltung des Gesetzes. Er verwies auf die neun eigenständigen Gesetze, die es vor Erlass des ZGB in Festlandchina gegeben hat und stellte die Frage, warum nicht all diese Gesetzte neu kodifiziert worden sind. Dabei gehe es nicht um den Inhalt der einzelnen Vorschriften, sondern um ein System, wobei man noch stärker das Gesamtkonzept betonen müsse. Es stünden die Fragen im Raum, warum man eine Kodifikation brauche und wie man diese bewerten solle. Schließlich wies er darauf hin, dass es vor der Gründung der VR China bereits eine umfassende Kodifikation (das ZGB der Republik China) gegeben hat. Die Frage stelle sich folglich, wie man aus Sicht der Zivilrechtsgemeinschaft mit dieser umgehen solle. Als letzten Punkt ging er auf die von Prof. Xue Jun erläuterten praktischen Probleme der Kodifikation ein, insbesondere auf die Teilung zwischen Politikern und Fachleuten. Diese Problematik sei auch in Deutschland und Taiwan zu beobachten gewesen. Schließlich appellierte er an eine gute Politik und unterstrich die Wichtigkeit, auf die Fachleute zu hören, was in China seiner Ansicht nach noch nicht genügend geschehe.

2. Erwiderung Prof. Rolf Stürner auf Diskussionsbeiträge von Prof. André Janssen und Prof. Ye Jinqiang

In seiner Erwiderung nahm Prof. Stürner zunächst auf den Diskussionsbeitrag von Prof. André Janssen Bezug und stimmte ihm in vielen Punkten zu. Er ging zunächst auf die Sicht der USA auf die chinesische Entwicklung ein und stellte fest, dass die USA durchaus einen sichtbaren Einfluss auf das Zivilrecht des modernen China gehabt hätten, allerdings eher in anderen Rechtsgebieten als speziell auf die Kodifikation des ZGB. Dabei sei der Blick der Amerikaner auf die Welt des Rechts von der Vorstellung geprägt, dass das Common Law vom römischen Recht nicht oder allenfalls sehr wenig beeinflusst sei. Dies sei bei genauerer historischer Analyse allerdings eine fragwürdige These, weil sich die englischen *courts of equity* sowohl am Verfahrensrecht des kontinentalen italienisch-kanonischen Prozesses als auch inhaltlich am italienisch-kanonischen Recht orientierten hätten, das seinerseits stark vom römischen Recht beeinflusst war. Als Folge dieses Einflusses seien viele Elemente des römischen Rechts auch im sogenannten Common Law nachweisbar. Vertreter des Common Law betonten häufig die *„originality"* ihres Rechts und seiner Entwicklung, auch wenn dies in vielen Fällen bei genauerer Betrachtung nicht ganz richtig sei. Prof. Stürner betrachtet diese Haltung als besondere Form eines kleinen Rechtsnationalismus. Im Übrigen hätten die Amerikaner den stärkeren kontinentalen Einfluss auf China dem Kontinent geneidet, was für ihn in vielen Äußerungen sichtbar geworden sei. Der stärkere kontinentale Einfluss beruhe darauf, dass die amerikanische Rechtskultur zu ihrem befriedigenden Funktionieren eine Anwaltschaft voraussetze, die es in China bisher so nicht gebe.

Er stimmte der Bewertung von Prof. Janssen zu, dass der Gedanke der Steuerung im chinesischen ZGB stärker sei als typischerweise in den kontinentalen Zivilrechtsgesetzbüchern und verwies auf seine Ausführungen zu der Ähnlichkeit zwischen den chinesischen ZGB mit dem Zivilgesetzbuch der früheren DDR. Abschließend empfahl er, nicht zu lehrerhaft Ostasien und seinen Rechtskulturen gute Ratschläge zu geben und verwies auf die europäische und insbesondere deutsche Geschichte der letzten 200 Jahre mit all ihren teilweise fürchterlichen Irrwegen. Vor diesem Hintergrund solle man bei Empfehlungen und Kritik etwas bescheidener sein, da Hinweise auf rechtskulturelle Grundsätze westlicher Tradition nicht immer sehr überzeugend wirkten. Prof. Stürner stellte klar, dass *punitive damages* im chinesischen Recht sicher US-amerikanischem Vorbild entsprechen. Im Rahmen seiner Äußerungen zur Gestaltung der Sicherungsrechte im niederländischen Zivilgesetzbuch erinnerte er daran, dass die Abschaffung der Sicherungsübertragung vielfach als gesetzgeberischen Missgriff betrachtet wurde und erst die Einführung des besitzlosen und registrierungspflichtigen bzw. notariell beurkundeten Pfandrechts eine zufriedenstellende Lösung bringen konnte. Er sieht zwischen Hypotheken bzw. besitzlosen Pfandrechten an beweglichen Sachen und Rechten, die eingetragen werden, und der deutschen Sicherungsübertragung viele Gemeinsamkeiten mit der einen Ausnahme,

dass sich die deutsche Rechtsordnung wegen der Gegenwehr der deutschen Banken nicht zur Einführung einer Registrierungspflicht allein zur Wahrung der Priorität entschließen konnte – ähnlich wie auch in England eine derartige Registrierung am Widerstand der englischen Banken scheiterte, die an anderen Traditionen der Publizität bisher festhielten.

Anschließend widmete sich Prof. Stürner dem Diskussionsbeitrag von Prof. Ye Jinqiang. Er begann mit dessen Darlegungen zum Persönlichkeitsrechtsbuch, das interessanterweise teilweise eine Mischung aus kontinentaler und US-amerikanischer Gesetzgebungstradition verwirkliche, die in solchen und ähnlichen Fällen die für einen *balancing approach* abzuwägenden Gesichtspunkte benenne. Es gebe im Buch zum Persönlichkeitsrecht zwei, drei Vorschriften, die stark dem Stil eines amerikanischen Restatements ähnelten. Es seien also durchaus teilweise auch in der Art der Kodifikation U.S.-amerikanische und Common Law-Einflüsse erkennbar, die aber auch in Kontinentaleuropa in ähnlicher Form zu beobachten seien.

Zum Schluss bezog sich Prof. Stürner auf die Kritik von Prof. Ye Jinqiang an den Auslegungsrichtlinien des OVG. Er wies darauf hin, dass auch in Europa oberste Gerichte rechtsetzend wirkten, besonders dann, wenn rechtsfortbildende Entscheidungen notwendig seien. Zwar existiere in Europa im Unterschied zur Richtlinie des OHG überwiegend keine förmliche abstrakte Bindung, jedoch schaffe das Richtlinienrecht des OVG ähnlich wie die *equity*-Rechtsprechung im Common Law durchaus in Fällen Abhilfe, wo die Rechtsordnung Lücken und Defizite aufweise. Als Beispiel nannte er den Schutz der Kaufpreisforderung beim Grundstückskauf, bei dem die chinesische Gesetzgebung Unklarheiten lasse und Defizite zeige. Die romanischen Länder hätten entsprechende gesetzliche Privilegien bzw. Hypotheken kodifiziert und in Deutschland könne man zum Beispiel für die Kaufpreishypothek eine sehr effiziente Vormerkung eintragen und sich dadurch sichern. Dies sei in China hingegen nicht in wohl überlegter Weise der Fall, weshalb das Oberste Gericht sichtbaren Lücken und Unklarheiten durch seine Richtlinien beseitigt oder doch minimiert habe. In dieser Hinsicht seien die OVG-Auslegungsrichtlinien positiv zu würdigen. Es bestehe trotzdem die Gefahr, dass das OVG zu viele detaillierte Richtlinien produziere. Zum Abschluss machte Prof. Stürner noch eine Bemerkung zum gutgläubigen Erwerb. Dieser sei in der Tat ein notwendiger Ersatz für das Fehlen einer gewissen Abstraktheit dinglicher Geschäfte, jedoch keinesfalls eine unkomplizierte Rechtsfigur – auch nicht in China –, so dass die Auslegungshilfen des OVG insoweit zumindest teilweise notwendige Klarstellungen bewirkt hätten.

3. Große Publikumsdiskussion am 13.01.2022

Zu Beginn der Publikumsdiskussion nahm Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler (Universität Göttingen) den Hinweis von Prof. Stürner auf die deutsche Übersetzung des ZGB auf. Prof. Stürner habe in seinem Vortrag zur Bestellung von Sicherheiten (nach § 388 ZGB) und zur Abtretungsanzeige (nach § 546 ZGB) angemerkt, dass er hoffe,

dass die Übersetzung richtig sei. Prof. Pißler bestätigte, dass (wie auch von Prof. Ye Jinqiang dargestellt) als Verträge mit Sicherungsfunktion in einer Kommentierung zum ZGB des OVG Factoring-Verträge und Finanzierungsleasingverträge dargestellt würden. Bei der Übersetzung habe das Team im China-Referat des Max-Planck-Instituts lange überlegt, ob der im ZGB verwendete Begriff (担保合同) als Sicherungsvertrag oder als Sicherheitenvertrag zu übersetzten sei. Das Team habe lange Zeit zu dem Begriff Sicherheitenvertrag tendiert, sich jedoch dann für die Übersetzung mit Sicherungsvertrag entschieden, wobei anzunehmen sei, dass die Unterscheidung (zwischen der schuldrechtlichen Sicherungsabrede und der eigentlichen Bestellung der Sicherheit im Sicherheitenvertrag) im chinesischen Recht nicht reflektiert werde. Zu seiner Anmerkung im Hinblick auf die Abtretungsanzeige erläuterte Prof. Stürner, dass er sich bei der Formulierung, die Abtretung habe ohne Mitteilung an den Schuldner „keine Wirkung der Abtretung gegenüber dem Schuldner" gefragt habe, ob dies auch dann gelte, wenn der Schuldner auf einem anderen Weg von der Abtretung erfahre. Hierauf erwiderte Prof. Pißler, dass § 564 ZGB hierzu keine Aussage treffe. Es sei daher davon auszugehen, der Schuldner auch in diesem Fall mit befreiender Wirkung an den alten Gläubiger leisten könne.

Prof. Stürner antwortete daraufhin, dass die Mitteilung zweierlei bedeuten könne. Ihrem Wortlaut nach bedeute sie, dass der Schuldner sich gegenüber dem Gläubiger nur auf die Unkenntnis der Abtretung berufen kann, solange sie nicht mitgeteilt ist. Er habe sich gefragt, ob es bei der Vorschrift um die Zerstörung der Gutgläubigkeit gehe oder ob die Mitteilung der Abtretung gegenüber dem Schuldner eine objektive Voraussetzung dafür sei, dass sie ihm gegenüber wirke. Er glaubt jedoch nicht, dass diese Unsicherheit an der Übersetzung liegt, sondern dass die Vorschrift etwas schillernd allgemein gehalten sei.

Daraufhin leitete Prof. Sebastian Lohsse zu Prof. Su Yeong-Chin über.

Prof. Su stimmte zunächst darin überein, dass wenn von einem Modell die Rede ist, man vermeiden soll, dieses zu sehr absolut zu machen. Es sei Natur der Jurisprudenz, Natur des Rechts, dass man immer etwas flexibel bleibt und relativiert, um es hinsichtlich der Veränderungen der sozialen Verhältnisse anpassungsfähiger zu machen. In Bezug auf die Erfahrungen von anderen Zivilgesetzbüchern, sei eine Linie zu erkennen, dass die Pandektenwissenschaft vermieden wird. Man habe bereits zweimal erlebt, dass ein Zivilgesetzbuch neu angefangen worden sei, doch diesmal habe es eine andere Grundlage gegeben. Die meisten Bücher, die man damals lesen konnte, seien mit dem fünfteiligen Gesetzbuch vertraut. Aus diesem Grund sei die Denkweise der Rechtsdogmatik pandektisch. Man könne aber nicht einfach sagen, dass das ZGB pandektisch ist. Diese Bewertung sei lediglich auf den geschichtlichen Kontext bezogen.

Hinsichtlich der Trennung von Schuld- und Sachenrecht habe er grundsätzlich nichts gegen die Autonomie und die Absolutheit des Sachenrechts. Jedoch hinterfragt er den Sinn der Trennung von Schuldrecht und Sachenrecht, wenn das 2. Buch des BGB über Schuldrechtsverhältnisse und das 3. Buch über Sachenrecht ist, anstatt

Forderungsrecht und Sachenrecht. Schließlich könne man in unserem Gesellschaftsleben eine komplizierte Transaktion sehen, die sowohl schuldrechtlicher, persönlicher und dinglicher Natur ist. Die Begriffspaare „persönliche Sachenrechte und dingliche Sachenrechte" seien eine treffendere Beschreibung der täglichen Wirtschaft. Die Trennung von Sachenrecht, wo sie nur die Funktion der Herrschaftszuordnung und nicht die Funktion der Transaktion trägt, sei für ihn hingegen irreführend. Als Beispiel nannte er die Grunddienstbarkeit in Deutschland, bei der nicht nur von Herrschaft die Rede sei, sondern auch von einer Obligation. Schließlich kam er zur Legitimität der Trennung, die auf die Transaktionskosten zurückzuführen sei. Jedoch habe sich die Situation verändert, weshalb er mehrmals darüber Zweifel geäußert hat, ob der *numerus clausus*-Grundsatz noch gelten sollte. Zwar habe der Gesetzgeber nicht direkt mit der Abschaffung des *numerus clausus*-Prinzips geantwortet, aber stattdessen gebe es im taiwanesischen Zivilrecht seit 13 Jahren einen Artikel bezüglich der Aufteilung von Gemeinschaftseigentum, der den *numerus clausus* faktisch abschafft. Abschließend schätzt er die Gefahr für Probleme hinsichtlich der Eintragung als gering ein.

Prof. Stürner stellte klar, dass es auch dingliche Rechte gebe, deren Inhalt sich nach vertraglicher Vereinbarung richte, und dass der Gesetzgeber den Inhalt möglicher vertraglicher Vereinbarungen (beim Wohnrecht, bei Dienstbarkeiten) usw. in verfassungswidriger Weise festschreiben könne. Das sei jedoch ein generelles Problem, weil man auch im Schuldrecht zwingende Vorschriften so eng gestalten könne, dass diese als verfassungswidrig zu betrachten seien. Er glaube aber nicht, dass diese Problematik den Schluss erlaube, die Vertragsfreiheit müsse im Sachenrecht grundsätzlich gleich groß sein wie im Schuldrecht. Hinsichtlich der Transaktionskosten betonte er, dass diese in den USA bei Grundstückstransaktionen prinzipiell höher seien, da dort noch etwas mehr Raum für individuelle Gestaltung bestehe. Es sei im Übrigen auch nicht so, dass sich bei elektronischer Vollregistrierung von Verträgen immer aus der Lektüre klar ergebe, was im Vertrag bindend vereinbart sei. Man brauche hierzu vielmehr meist Rechtsberatung. Wenn stärker typisiert sei, würden diese Kosten wegfallen oder doch stark minimiert. Auch sei eine vergleichsweise Transaktionskostenrechnung von Typisierung und Nichttypisierung ein schwieriges Problem, wenn man auch die *social costs* mit hineinrechne und nicht nur die unmittelbaren Kosten. In den USA lebten ganze Berufe von der vertraglichen Freiheit bei Grundstückstransaktionen, die eigentlich dann in sehr vielen Fällen letztlich doch formularmäßig und damit standardisiert abliefen. Man könne bei einem Transaktionskostenvergleich nicht so einfach sagen, dass die Vertragsfreiheit zu weniger Transaktionskosten führe. Bei Gütern, die starkem Verkehr ausgesetzt seien, würden die Transaktionskosten regelmäßig eher höher, wenn die inhaltliche Varianz steige, weil man immer Rechtsberatung brauche, um diese Varianz richtig einzuschätzen. Prof. Stürner nahm Bezug auf die Finanzkrise, die durchaus die Bedeutung später auftretender Transaktionskosten und vor allem der sehr hohen *social costs* deutlich gemacht habe. Man müsse bei bestimmten beschränkten dinglichen Rechten wie

Wohnrechten, Wohnungsrechten usw. mehr Spielraum haben als bei Eigentumsrechten. Grundsätzlich gebe es aber auch hier Grenzen, die durch die Elektronisierung der Register nicht überwunden werden und unbeachtet bleiben können, da größere Varianz zu einer stärkeren Möglichkeit von Rechtskonflikten und zu einem Ansteigen der Rechtsberatungskosten führe. Zur Vermeidung dieser Folgen nutze der Markt dann häufig doch die Möglichkeit formularmäßiger Erledigung. In Prof. Stürners Augen ist es für die Rechtsfindung leichter und kostenmäßig vorteilhafter, die wesentlichen Elemente notwendiger Kategorisierung gleich im Gesetz festzuschreiben.

Prof. Su stellte fest, dass der Typenzwang, Typenfixierung und typischer Vertrag im Schuldrecht *jus dispositivus*, und im Sachenrecht *jus cogens* ist. Seiner Ansicht nach soll in Zukunft alles *jus dispositivus* sein, da man mit typischen Verträgen – und nicht mit einem *numerus clausus* im Sachenrecht – alles praktikabel machen könne.

Prof. Stürner hob daraufhin die Meinungsunterschiede zwischen ihm und Prof. Su hervor. Ihm sei der Vorschlag von Professor Su zu radikal. Auch der Vorwurf gegen das deutsche BGB, dass dort nicht ausreichende Vertragsfreiheit für bestimmte wirtschaftlich sinnvolle dingliche Gestaltungen herrsche, sei nicht berechtigt. Bei allen europäischen Zivilgesetzbüchern existiere vor allem in Fällen gemeinschaftlicher Inhaberschaft an dinglichen Rechtspositionen durchaus ein gewisses Maß an Vertragsfreiheit, die jedoch nicht grenzenlos sein könne und gesetzlicher Rahmung bedürfe. Andernfalls würde die Anzahl entstehender Streitigkeiten deutlich anwachsen und entsprechende Kosten verursachen. Wenn man hingegen von einer Gesellschaft wie der US-amerikanischen ausgehe, die das Recht mit seinen Regeln eher als a matter of last resort betrachte und zulasse, dass der Stärkere zunächst versucht, sich im Raum größerer Freiheit Vorteile zu verschaffen, dann sei man sicher eher der Meinung, dass zunächst einmal Vertragsfreiheit gelte und sich der andere wehren müsse, so gut er kann, wenn er durch solche Verträge benachteiligt zu werden droht. Aber dies sei nicht der bevorzugte europäische Standpunkt. Zusammenfassend unterstrich er noch einmal die Unterschiedlichkeit der Rechtskulturen: Für die Amerikaner gelte Recht als letztes Mittel der Wahl, für die Europäer die Rechtsordnung als Lebensordnung.

Prof. Kern ergänzte die Diskussion um den Aspekt der ökonomischen Analyse, indem er auf die Aufsätze von Merrill & Smith und Hansmann & Kraakman sowie weitere Beiträge prominenter Wissenschaftler in den USA oder in anglo-amerikanischen Rechten zu dem Thema des *numerus clausus* und seiner Abschaffung verwies, die sich dort das Erfordernis des *numerus clausus* nicht erklären können. Gleichzeitig aber zeige die historische Entwicklung weltweit, dass bei zunehmender Übertragbarkeit von Gütern und zunehmender Entpersönlichung von Gütern eine Typisierung in der einen oder anderen Form – sei es gesetzlich oder in der Praxis – immer als Ergebnis anzutreffen ist. Die Vorstellung, die Hansmann und Kraakman geäußert haben, man könne ein Montagseigentum an einer Uhr schaffen und ein Dienstags-

eigentum an einer Uhr und möge dann nur in einem Register festhalten, dass die Uhr eben montags dem A gehört und dienstags dem B und wen das interessiere, der müsse eben Einsicht in das Register nehmen, sei vielleicht in einer Modellwelt von wenigen Akteuren tragbar, bei einem hohen Güterumsatz hingegen, bei dem es nicht auf die individuelle Person ankommt, sei es völlig utopisch – egal ob durch künstliche Intelligenz gestützt oder in anderer Form. Es sei nicht effizient, sich bei jeder Position, die Gegenstand einer Transaktion sein soll, über deren Inhalt und Bedeutung, der ja nicht nur in sieben Wochentagen bestehen kann, sondern in jeder Form anders ausgestaltet sein könnte, in vollem Umfang bewusst zu werden. Das Recht strukturiere und denke auch in Gleichheitskriterien. Die erkennbare Gleichheit und auch die erkennbare Ungleichheit seien gleichzeitig mit Effizienz verbunden. Die Meinung, dass nur Vertragsfreiheit effizient sei, teilt Prof. Kern nicht. Im Gegenteil vertritt er die Position, dass die effektive Wahrnehmung von Freiheit nur dann möglich sei, wenn man sich auf bestimmte festgelegte Bausteine verlassen könne. Genauso unrichtig, wie es aus seiner Sicht im Prozessvertragsrecht ist zu sagen, es herrsche völlige Vertragsfreiheit, sei es, im Sachenrecht auf die Vertragsfreiheit zu bestehen, da es in beiden Fällen dritte Betroffene gibt. Die Vorstellung, dass nur das ausreichende Bereitstellen von Informationen alles erlaube, sei schon lange überwunden worden. In diesem Kontext sei der information overflow ein Problem, auch für die künstliche Intelligenz. Ferner kann Prof. Kern sich auch nicht vorstellen, dass durch Vertragsfreiheit wirklich dauerhaft Transaktionskosten gespart werden.

Darüber hinaus sei es nicht so, dass alle sachenrechtlichen Rechtsinstitute bis ins letzte Detail zwingend ausgestaltet wären. Dadurch würden sie aber keineswegs zu schuldrechtlichen, wie etwas insinuiert worden sei. Das sei deshalb nicht der Fall, weil die Individualvereinbarungen, in denen Freiheit wahrgenommen wird, dann auch Drittwirkung entfalten können. Dies hob er als den entscheidenden Unterschied hervor. Als letztes bemerkte er, dass alle bekannten Rechtsordnungen dieser Welt auf dem Gebiet des Kollisionsrechts zwischen der Anknüpfung des vertraglichen Schuldverhältnisses und der sachenrechtlichen Verfügung trennen, so dass für die Verfügung, und nur diese, quasi überall die *lex rei sitae* gelte. Dies bedeute, dass die Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht in den meisten Rechtsordnungen spätestens über das Kollisionsrecht gleichsam durch die Hintertür wieder präsent sei.

Prof. Lohsse stimmte Prof. Kern im Grundsatz zu und führte einen Fall an, wo man im deutschen Recht mehr brauchen könnte, als man hat. Es sei beispielsweise nicht möglich, eine Geruchslast mit dinglicher Wirkung einzutragen, um das Vorgehen gegen eine Geruchsbelästigung zu auszuschließen, die von irgendwelchen Betrieben in der Nachbarschaft ausgehe. Es gebe folglich noch Lücken, die aber nichts an dem Grundsätzlichen ändern würden. Daraufhin erwiderte Prof. Kern, dass man eine Emissionsdienstbarkeit eintragen lassen könne, die auch den Geruch umfasst. In einem ihm bekannten Fall sei es tatsächlich so gewesen, dass eine Emissionsdienstbarkeit zugunsten eines benachbarten Holzverarbeitungsbetriebs bestand und die Recherche im Internet gezeigt habe, dass dieser Holzverarbeitungsbetrieb teilweise

auf Kunststoffverarbeitung umgestiegen sei und dann komische Gerüche aufgetreten seien. Die Emissionsdienstbarkeit, die auf dem in Rede stehenden Wohngrundstück lag, hätte die Abwehr gegen diese Gerüche verhindert. Im Grundbuch habe natürlich nicht Geruchsdienstbarkeit, sondern Emissionsdienstbarkeit gestanden. Möglicherweise habe es Unterschiede zwischen diesem Fall und dem von Prof. Lohsse gegeben. Prof. Lohsse stimmte Prof. Kern zu. In seinem Fall habe jedoch die Tragweite nicht ausgereicht, was zeige, dass es noch Minilücken gibt.

Im Anschluss stellte Prof. Yamamoto die Idee des Vermögensrechts statt des Sachen- und Schuldrechts vor, die auch Prof. Koziol aus der Sicht des österreichischen Rechts unterstützt habe. Der Vorteil dieser Meinung liege augenscheinlich darin, dass nicht nur dingliche Rechte, sondern auch andere Vermögensrechte wie zum Beispiel immaterielle Güterrechte usw. in das System des Zivilgesetzbuchs integriert werden können. Damit könne man gemeinsame Fragen mindestens lückenlos beantworten. In Bezug auf dieses Problem stellte er schließlich eine Diskussion in Japan vor. Obwohl einige Zivilrechtslehrer in Japan die Idee gesprochen hätten, seien die meisten Spezialisten für das Immaterialgüterrecht hingegen strikt dagegen gewesen. Diesen Spezialisten nach bestehe eine große Gefahr, dass der wesentliche Unterschied zwischen dinglichen Rechten und immateriellen Güterrechten verschwinden oder unbeachtet werden würde.

Prof. Koziol stellte daraufhin fest, dass die Bedenken in Japan gegen das allgemeine Güterrecht darin bestanden haben, dass alle Vermögensrechte wie eine körperliche Sache behandelt werden würden. Das wäre jedoch bei der Idee des allgemeinen Rechtsgüterrechts nicht der Fall, sondern es würden für das Rechtsgüterrecht nur die generellen Grundsätze für dieses Gebiet herausgearbeitet werden, um den Schwierigkeiten zu begegnen, die z. B. in Deutschland auftreten, da etwa nicht klar sei, wie eine urheberrechtliche Lizenz übertragen werden soll. Denn diese sei weder Forderungsrecht noch Sache. Damit stehe man vor der ungelösten Frage, welche Übertragungsart – kausal oder abstrakt – das BGB vorsieht. Es gehe also darum, dass man die allgemeinen Grundsätze herausarbeitet. Die Teilgebiete könnten jedoch durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein. Zum Beispiel seien die Zuordnung und die Wirkungen der Zuordnung etwas, was allgemein geregelt werden könne. Im Übrigen unterscheide natürlich auch das ABGB zwischen den körperlichen Sachen, den Forderungsrechten und anderen unkörperlichen Sachen, so dass es durchaus Unterschiede gebe. Bei körperlichen Sachen gelte das Publizitätsprinzip, das durch die Übergabe oder durch die Grundbuchseintragung umgesetzt werde. Bei Forderungen, die auch zu den Rechtsgütern gehören, sei keine solche Übergabe nötig; hier gebe es wieder andere Grundsätze. Die Befürchtung, es gelte ein Einheitsbrei, bewahrheite sich nicht. Prof. Koziol sieht bei der Ausbildung eines allgemeinen Rechtsgüterrechts nur Vorteile.

Prof. Stürner machte daraufhin den Vorschlag, ein solches „großes“ Zivilgesetzbuch doch einmal tatsächlich zu entwerfen. Er bezweifelte jedoch, dass der Ertrag sonderlich groß sein werde, wie man sich das teilweise vorstelle. Im Übrigen wisse man beispielsweise in Deutschland schon, wie man eine Urheberrechtslizenz über-

trage, was im Einzelnen allerdings von der Art des in Frage stehenden Nutzungsrechts abhänge. Auch in Österreich gebe es Rechtspositionen, die zunächst einmal anhand gängiger Kategorien genau eingeordnet werden müssten, um auftauchende Streitfragen sinnvoll und differenziert beantworten zu können. Diese differenzierenden Überlegungen seien das Wesentliche, und keine wie auch immer geartete Systematik könne sie dem Rechtsanwender ersparen. Vertraglich gestaltete sachenrechtliche Beziehungen folgten anderen Regeln als dem Schuldrechtsvertrag entfließende Rechtspositionen. Erstere würden anders als schuldrechtliche Rechtspositionen automatisch voll in ihrer vertraglichen Gesamtheit mit dem dinglichen Recht übertragen, zu dessen Ausgestaltung sie dienen. Viele Ideen akademischer Theorienbildung könnten in der Praxis nicht bestehen. Bei der Transplantation freiheitlicher US-amerikanischer Ideen nach Europa, Japan oder auch China sei Vorsicht geboten. Zu ihrer Umsetzung bedürfe es auch anderer Voraussetzungen US-amerikanischer gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Lebensgestaltung, die man weder in Japan noch in China oder in Europa so vorfinden könne, nämlich ein weites Land mit einem bisher kaum versiegenden Ressourcenreichtum.

II. Zweite Sitzung (14.01.2022)

1. Erwiderung Prof. Keizô Yamamoto auf die Diskussionsbeiträge

In seiner Erwiderung vertiefte Prof. Yamamoto einige zentrale Punkte aus den Diskussionsbeiträgen und widmete sich zunächst dem Sinn und der Rolle des Systems. Das System, insbesondere das System des Zivilgesetzbuches, bestimme die Denkweise des Juristen in einem Land mit. Da die juristische Ausbildung sich grundsätzlich nach dem System des Zivilgesetzbuches richte, werde die Denkweise des Juristen durch diese Ausbildung reproduziert. Er habe in seinem Vortrag darauf hingewiesen, dass die Praktiker, welche durch die juristische Ausbildung ihre Denkweise bereits nach dem System des bisherigen Zivilgesetzbuchs gebildet haben, diese Veränderung nicht begrüßen. Darin liege auch der Grund, wie Prof. Jung hingewiesen habe, dass „der mögliche Nutzen von Strukturreformen in allen Rechtsordnungen begrenzt“ ist, da „es in keinem Verhältnis zu dem damit verbundenen Umstellungs- und Rechtsanwendungsaufwand steht“. Demnach werde die Veränderung des Systems nur dann durchgeführt, wenn der Nutzen die Kosten überwiegt, nämlich wenn das bestehende System eine adäquate Rechtsfindung und Rechtsentwicklung behindert. In diesem Sinn habe Prof. Jung aufgezeigt, dass „der Modernisierungsbedarf überschätzt wird“ und „allenfalls Verbesserungen der Rechtsregeln in einzelnen Bereichen anzustreben sind“. Prof. Yamamoto verwies schließlich auf davon abkehrende Meinungen, insbesondere in den Vorträgen von Prof. Su und Prof. Stürner.

Anschließend ging er auf den Sinn und die Rolle des Zivilgesetzbuches ein. In Bezug auf den Adressaten des Zivilgesetzbuchs habe er in seinem Vortrag auf den

Unterschied zwischen der französischen und der deutschen Denkweise hingewiesen. Der Code civil, der ein Gesetzbuch für die Bürger sei, wurde auch für die Bürger so zugänglich wie möglich gemacht. Das deutsche BGB hingegen konfrontiere den Rechtsanwender mit exakten Begriffen und einem logischen System prinzipieller Rechtssätze und habe deshalb einen starken Charakter von „Juristenrecht". Der deutsche Denkansatz beruhe auf der Trennung von Rechtsanwendern und Rechtsunterworfenen. Aus historischer Sicht gebe es zumindest in Ostasien auch die Trennung zwischen den Herrschenden und den Beherrschten, weshalb dieser deutsche Denkansatz vielleicht auch leichter zu verstehen sei. So habe Prof. Kern nach dem Verständnis des deutschen Rechts gezeigt, dass das „Wunschdenken der Allgemeinverständlichkeit" „naiv" sei und, dass „der Kodifikator die aus seiner Sicht sachgerechteste Lösung suchen und dabei auch der Tradition Gewicht beimessen sollte". Für Prof. Yamamoto erscheint es interessant, dass Prof. Jung ein gleiches Verständnis des Schweizer Rechts vertritt. Prof. Jung habe deutlich gesagt, dass „der fachliche Charakter einer Kodifikation unabdingbar ist", „Laien sind dem Recht zwar unterworfen, doch soll und muss es von ihnen zumeist nicht angewendet werden" und „statt dem unrealistischen Ziel der Laienverständlichkeit nachzujagen, sollte sich der Gesetzgeber um die Verständlichkeit der von ihm geschaffenen Normen für den auszubildenden und ausgebildeten Rechtsanwender bemühen." Er fragte schließlich, ob dieses Verständnis auch von Schweizer Juristen allgemein geteilt wird.

2. Erwiderung Prof. Zhu Qingyu auf die Diskussionsbeiträge

In seiner Erwiderung ging Prof. Zhu Qingyu zunächst auf den Kommentar von Prof. Wolfgang Wiegand hinsichtlich der Bedeutung des *numerus clausus* dinglicher Rechte ein. Prof. Wiegand betone überzeugend, wie wichtig es ist, die Grenzen des Sachenrechts aus einer Perspektive der Transaktionen zu bestimmen. Schließlich stellte er Prof. Wiegand eine Frage in Bezug auf das Eigentum. Einzelheiten zu dieser Frage finden sich in diesem Band in dem Diskussionsbeitrag von Prof. Wiegand unter VI.

Die Antwort von Prof. Zhu an Prof. Xie Gen bezog sich hauptsächlich auf die systematische Verortung der Vormundschaft. Der AT des ZGB sei, wie die Professoren Ye Jinqiang und Xue Jun am Tag zuvor bereits erwähnt hätten, der Inhalt der früheren AGZ. Die AGZ seien jedoch ein „Mini-Zivilgesetzbuch" und enthielten nicht nur den Inhalt der Allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuchs. Ein Beispiel sei das Rechtsinstitut der Vormundschaft. Prof. Zhu verwies auf die Ansicht von Prof. Xie, nach der mit der Einführung des Systems der freiwilligen Vormundschaft für Erwachsene die gemeinsamen Normen der rechtsgeschäftlichen Vormundschaft und der gesetzlichen Vormundschaft besser in den AT ZGB als Regeln für natürliche Personen aufgehoben seien. Grundsätzlich ist Prof. Zhu der Meinung, dass die Vormundschaft auch dann nicht in den AT ZGB, sondern im Ehe- und Familienteil untergebracht werden sollte. Dies liege daran, dass das Rechtskonzept der Vormund-

schaft keine Bestimmung über die Subjektivität von Personen ist, sondern eine Sammlung von Normen, die in erster Linie auf verwandtschaftlichen Beziehungen beruhen, und kaum einen gemeinsamen Faktor für die verschiedenen Teilbücher des Gesetzbuchs darstellt.

3. Erwiderung Prof. Wolfgang Wiegand auf Erwiderung Prof. Zhu Qingyu

Die Erwiderung von Prof. Wolfgang Wiegand auf Prof. Zhus Votrag findet sich ebenfalls in dem Diskussionsbeitrag von Prof. Wiegand unter VI.

4. Große Publikumsdiskussion am 14.01.2022

Prof. Yamamoto eröffnete die große Publikumsdiskussion mit einer Anmerkung hinsichtlich der Rolle des Systems. Er bezog sich auf die Aussage, dass eine Veränderung des Systems nur dann durchgeführt wird, wenn der Nutzen die Kosten überwiegt, nämlich wenn das System eine adäquate Rechtsfindung oder Rechtsentwicklung behindert. In diesem Punkt habe Prof. Jung aufgezeigt, dass der Modernisierungsbedarf überschätzt wird, da allenfalls Verbesserungen der Rechtsregelungen in einzelnen Bereichen anzustreben sind. Dabei verwies er auf andere Meinungen von Prof. Su und Prof. Stürner.

Prof. Kern antwortete daraufhin, dass, wenn man den Modernisierungsbedarf auf die äußere formelle Struktur der Kodifikation konzentriere, dieser sich seiner Ansicht nach in Grenzen halte. Diese Ansicht lasse sich auch darauf zurückführen, dass er die Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, die ein zentraler Punkt der Diskussion gestern und auch heute im zweiten Block gewesen sei, für wichtig und richtig hält. Deswegen erkennt er keine Notwendigkeit für einen Neuentwurf eines Großen Zivilgesetzbuchs unter einem möglicherweise etwas monistischen Freiheitsgedanken. Prof. Kern würde hingegen eher mit einer gewissen Pragmatik an die Kodifikation und ihre Struktur herangehen. Dies sieht er deshalb so, weil für ihn Adressaten einer Kodifikation nicht Laien sind, sondern der ausgebildete Jurist, der die Schwierigkeiten, die sich aus jeder Strukturierung ergeben werden, im Einzelfall überwinden kann. Das solle nicht heißen, dass es nicht immer wieder auch von außen her Modernisierungsbedarf für die europäischen Rechtsordnungen, einschließlich der Schweiz geben könne – aufgrund von Gesetzgebungsvorhaben, die von Seiten der Europäischen Union kommen, aber an sich auch gemeineuropäische Anliegen seien. Es bestehe ein ständiger Modernisierungsbedarf jeder Rechtsordnung in einer ganzen Reihe von Fragen. Ob er aber die grundlegende Ordnung betreffe, darüber könne man unterschiedlicher Ansicht sein. In der grundlegenden Ordnung sehe er einen Änderungsbedarf nur, wenn er tatsächlich größere Vorteile verspricht als Nachteile zu erwarten sind.

Prof. Yamamoto erwiderte, dass Japan in Bezug auf das System eine etwas konservative Haltung eingenommen habe. Das bedeute, dass die meisten in der Änderung des Systems keinen größeren Nutzen als Nachteile sehen. Jedoch verursache

Systemdenken, ohne das System des Zivilgesetzbuches zu ändern, viele Kosten für die Rechtsanwender. Deswegen hat Japan schlussendlich bei der Systemänderung mehr Nutzen als Nachteile gesehen.

Im Anschluss warf Prof. Yamamoto das Problem der Integration der verbraucherrechtlichen Regelungen ins Zivilgesetzbuch auf und richtete insbesondere an die deutschen Teilnehmenden die Frage, welchen Einfluss die Integration des Verbrauchervertragsrechts auf das BGB und dessen Charakter genommen hat. Er äußerte die Vermutung, dass diese Integration nur eine kleine, vielleicht sogar fast keine Rolle gespielt hat. Bedeutender sei der Inhalt dieser Regelungen, egal wo sie gesetzt oder bestimmt werden. Insbesondere immer neuere Anforderungen aus der EU-Ebene seien wesentlich wichtiger und hätten viel größeren Einfluss auf das BGB oder deutsches Privatrecht genommen. Die systematische Verortung habe hingegen eher eine sekundäre oder symbolische Bedeutung. Zusätzlich stellt er an die chinesischen Teilnehmenden die Frage, warum die Integration des Verbraucherrechts ins Zivilgesetzbuch in China nicht diskutiert wurde.

Prof. Stürner bezeichnete die Integration des Verbrauchervertragsrechts als einen politischen Handstreich, der von Anfang an umstritten gewesen sei. An der Effizienz des Verbraucherrechts habe diese Integration nichts geändert. Ein Argument sei damals gewesen, dass jeder Bürger das Verbraucherrecht zusammengefasst lesen können und es zugänglich sein müsse. Die Verständlichkeit des Rechts in all seiner Kompliziertheit, die im Grunde genommen nur die ökonomische Entwicklung widerspiegele, sei jedoch durch die Integration nicht gestiegen. Das hänge damit zusammen, dass die EU eine sehr in Bewegung und Entwicklung befindliche Staatenorganisation sei und sie sich nicht in der Lage sehe, für parallele vertragliche Strukturen ein Verbraucherrecht zu entwerfen, das dann wirklich auch parallel läuft. Stattdessen seien aufgrund der Diskussionen im Europäischen Parlament für jedes Vertragsgebilde Regelungen für den Verbraucher mit sehr kapriziöser Schutzwirkung entstanden. Ein Versuch der Vereinheitlichung sei von Seiten der EU leider missglückt. Er fügte hinzu, dass die Gesetzgebungstechnik in der EU, die nahezu 30 Mitglieder auf einen Nenner bringen muss, eine völlig andere sei als die einer Kodifikation. Sie sei vielmehr dem Rechtssetzungscharakter des Common Law ähnlich. Eine praktische Bedeutung der Integration habe er nie gesehen und eine systematische Bedeutung noch weniger. Schließlich sei das BGB dadurch seiner Ansicht nach noch unübersichtlicher geworden. Die deutschen Verbraucherschutzgesetze seien im Vergleich dazu wesentlich übersichtlicher gewesen. Zwar sei zum Beispiel die ganze AGB-Gesetzgebung der EU stark vom ursprünglichen deutschen AGB-Gesetz beeinflusst gewesen, aber sie sei größtenteils noch unklarer als es das AGB-Gesetz schon gewesen sei. Abschließend fasste er zusammen, dass die Integration weder geschadet noch genützt hat. Hinzu komme, dass Verbraucherrecht immer sehr dynamisch sei, weil der Verbraucher sich nur ausreichend geschützt fühle, wenn die Regelungen sehr detailliert seien. Detaillierte Regeln entstünden auch durch den Einfluss von Verbraucherorganisationen.

In seinem Kommentar stellte Prof. Jung zunächst klar, dass eine Integration des Verbraucherrechts bzw. Konsumentenrechts in das Zivilgesetzbuch nur wünschenswert sei, wenn sich der Umfang der entsprechenden Sonderregelungen wie im schweizerischen Recht in Grenzen halte. Ansonsten drohe zumindest die Übersichtlichkeit des Zivilgesetzbuchs zu leiden. Spiegelverkehrt zur Integration der handelsrechtlichen Sonderregelungen, die bisweilen durch ihre unangemessene Verallgemeinerung im Obligationenrecht zu einer unerwünschten Kommerzialisierung des allgemeinen schweizerischen Privatrechts geführt hätten, könnte zudem die Privatautonomie durch eine unangemessene Verallgemeinerung von Schutzregelungen Schaden nehmen. Das in der Schweiz im Vergleich etwa zu Deutschland wesentlich weniger umfangreiche und einfacher strukturierte Konsumentenrecht könne allerdings durchaus in ein Zivilgesetzbuch integriert werden. Wie auch im Handelsrecht geschehen, müsse dies kleinteilig erfolgen, wobei die verbraucherrechtlichen Sonderregelungen in jedem Einzelfall gerechtfertigt werden müssten. Ein solches Vorgehen könne sich die Schweiz leisten, weil sie das EU-Recht allenfalls autonom nachvollziehe. Natürlich gebe es auch in der Schweiz den von Prof. Stürner bereits erwähnten politischen Druck von Konsumentenschutzorganisationen usw., der sich auch gelegentlich im schweizerischen Recht in detaillierten Sonderregelungen niederschlage. Im Prinzip habe aber die Schweiz eine gute Ausgangssituation für die teilweise auch bereits erfolgte Integration des Verbraucherrechts. Es sollte jedenfalls immer ein Bestreben sein, wenigstens die Kernregelungen des Handels- und Verbraucherrechts im Zivilgesetzbuch zu konzentrieren.

Prof. Kern fügte zu der Diskussion hinzu, dass er inhaltlich keine großen Vorteile in der Integration des Verbraucherrechts in das BGB sieht. Als Randbemerkung machte er jedoch, dass die Integration zumindest einen kleinen Vorteil hinsichtlich der juristischen Ausbildung gebracht hat. Durch die Integration in das BGB sei das Verbraucherrecht Pflichtprüfungsstoff in den Staatsexamina geworden. Es wäre seiner Ansicht nach aber ein Fehlschluss, anzunehmen, dass die heutigen Studenten und Studentinnen das Verbraucherrecht deshalb besser beherrschen würden.

Im Anschluss an die Diskussion zur Integration des Verbraucherrechts in das BGB äußerte sich Prof. Bu zu der Frage der Integration des Verbrauchervertragsrechts in das ZGB. Weil der Umfang des Verbrauchervertragsrechts in China so gering ist, mache es keinen Unterschied, ob man es integriert oder es einfach in dem Einzelgesetz – diesem Verbraucherschutzgesetz – belässt. Daher sei der Ausgangspunkt in China ein anderer gewesen als zum Beispiel in Japan oder in Europa. Was die Integration des Handelsrechts anbelangt, glaubt sie, dass die Meinungen in China auseinandergehen. Vor allem seien viele der Auffassung, dass es im Handelsrecht mehr Unterschiede gibt und die meisten Materien durch handelsrechtliche Sondergesetze geregelt sind. Zwar könne man verallgemeinerungsfähige Vorschriften abstrahieren, aber die Anzahl solcher Vorschriften sei so gering, dass der Konsens unter Handelsrechtlern ist, dass ein „Allgemeine Grundsätze des Handelsrechts" bereits ausreiche, zu dem es bereits Entwürfe gegeben habe, welche später nicht weiter ver-

folgt wurden. Die überwiegende Auffassung in China sei heute, dass man ein umfassendes Handelsgesetzbuch nicht mehr braucht. Dazu ergänzte Prof. Xie, dass das Verbraucherschutzgesetz in China eher öffentlich-rechtlichen und nicht privatrechtlichen Charakter habe. In der Forschung über Verbraucherrechte in China seien eher die Wirtschaftsrechtler und nicht die Zivilrechtler befasst. Prof. Wang Hongliang fügte hinzu, dass im Legal Affairs Commission zwei verschiedene Abteilungen für die Gesetzgebung des Verbraucherrechts und die des Zivilrechts zuständig sind. Deswegen sei die Frage der Integration des Verbraucherrechts ins ZGB überhaupt nicht diskutiert worden. Prof. Ye ergänzte abschließend, dass in China Verbraucherrechte als ein Bestandteil des Wirtschaftsrechts betrachtet werden. In der Kodifikation sei die Integrationsfrage deshalb auch nicht diskutiert worden.

Schließlich fragte er Prof. Koziol nach einer Erläuterung zu dem Sachenbegriff im österreichischen Recht, welcher im Unterschied zum deutschen BGB auch immaterielle Interessen umfasst.

Prof. Koziol antwortete daraufhin, dass das ABGB aufgrund seiner naturrechtlichen Basis einen sehr weiten Sachbegriff habe. Damit sei angestrebt worden, dass eine allgemeine Güterrechtsordnung zustande kommt, wobei das ABGB allerdings dann zwischen den einzelnen Güterarten differenziere. Das allgemeine Güterrecht habe den Sinn, dass manche Grundsätze, die allgemein gelten, auch allgemein geregelt sind. Einerseits gehe es insbesondere um die Zuordnung der Güter und zum anderen um die Grundfrage, wie diese Güter übertragbar sind. Dazu finde das ABGB generelle Regeln, indem es vorschreibt, dass es einer causa (eines Rechtsgrundes) und eines Publizitätsaktes bedarf. Die Publizitätsakte seien wiederum unterschiedlich, je nach dem, um was für eine Sorte Sache es sich handelt. Die Zuordnung führe auch dazu, dass grundsätzlich die freie Verfügung über diese Güter allgemein zugelassen wird, wobei Beschränkungen natürlich möglich seien.

Daraufhin machte Prof. Su eine Ergänzung seiner Erwiderung zu Prof. Zhus Vortrag. Er stellte zunächst fest, dass es nicht so schwierig sein wird, Strukturmängel im 120 Jahre alten deutschen BGB zu finden, wie es für Roman Herzog war, über die Strukturmängel des 50 Jahre alten deutschen Grundgesetzes zu schreiben. Jedoch werde es sicher nicht einfach sein, einen Konsens zu finden. Die Erörterung des Großen Zivilgesetzbuches könne als Vorbereitung für die künftige Neukodifikation des chinesischen ZGB dienen. Prof. Su bemerkte, dass man einerseits von der herkömmlichen Gliederung des BGB ausgehen, andererseits die Richtung eines Paradigmenwechsels skizzieren könne. Das Hauptproblem liege in dem Bewusstsein, wie das Zivilrecht umstrukturiert werden kann, um dem größten Regelungsbedarf gerecht zu werden. Schließlich expandiere der Umfang der Marktwirtschaft weiter (Globalisierung, Belt and Road) und der Staat gehe unweigerlich zu einer Mischung aus öffentlichem und privatem Sektor über, wodurch Herrschaft durch Regulierung ersetzt werde, wobei das Zivilgesetzbuch, das die Gesamtstruktur des Zivilrechts regelt, die Hauptlast tragen könne.

Ferner bezog er sich auf die Erweiterung des Sachbegriffs zum Vermögensinteresse, die seiner Ansicht nach kein großes Problem darstellt. Sachen, die zu untergeordneten Begriffen geworden sind (bewegliche und unbewegliche Sachen), hätten nach wie vor einen normativen Wert und sollen beibehalten werden, indem sie lediglich in untergeordnete Normen umgewandelt werden. Jedoch müsse die Frage der Erweiterung der dinglichen Rechte klarer formuliert werden. Das Hauptproblem im jetzigen Konzept liege darin, dass die sachenbezogenen Forderungen und der Sachbegriff nicht nahtlos angeschlossen werden können, so dass ständig Zwischenbereiche entstehen, die die Rechtsanwendung erschweren. Daher fragt er sich, ob die Zeit für eine Neukonstruktion des Systems gekommen ist. Eine Forderung sei eindeutig ein Anspruch auf eine bestimmte Sachleistung zwischen bestimmten Personen. Sachenrechte würden in Eigentum und beschränkte dingliche Rechte unterteilt. Zu den Funktionen des Eigentums gehörten die Herrschaft (Nutzung, Gewinnziehung, Verfügung, Besitz) und die Zuordnung. Die Funktionsarten eines festen Titels sind 1. spezifische Herrschaft, Zuordnung, Verdinglichung; 2. Zuordnung, Übergang mit der Sache (Erwerbsrechte); 3. dinglicher Übergang (Realobligation).

Wird die Gesamtausrichtung der Sachenrechte von der ursprünglichen Herrschaft über die spätere Zuordnung bis hin zum Übergang mit der Sache ausgeweitet, so füge sich das Konzept nahtlos in die rein persönlichen Forderungen ein. In dieser Anpassung sieht Prof. Su eine Ähnlichkeit zur Dichotomie des österreichischen Zivilrechts. Forderungen seien persönliche Sachenrechte, das Eigentum sei ein dingliches Sachenrecht, und der Kernbegriff aller Eigentumsrechte sei die Dinglichkeit, zu der jeder Typus weitere Funktionen hinzufügen kann, wie im Fall der persönlichen Forderung, alle können einzeln nach unten geteilt werden. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass das zweite Buch des deutschen BGB die Überschrift „Recht der Schuldverhältnisse“ und nicht „Forderungsrecht“ trägt, während das dritte Buch „Sachenrecht“ heißt und die „Recht der Sachverhältnisse“. Darin sieht Prof. Su einen bewussten Versuch, Sachenrechte zu de-relationalisieren und sich auf ihre Zuordnungsfunktion zu konzentrieren. Im realen gesellschaftlichen Leben gehörten jedoch seiner Ansicht nach neben dem Eigentum alle beschränkten dingliche Rechte. Darüber hinaus seien Dauerschuldverträge eigentlich dauerhafte Eigentumsverhältnisse. Eine vernünftige Struktur des Kodex würde darin bestehen, sie zu kombinieren, was die Wahl der Transaktions- oder Governance-Instrumente besser widerspiegele. Diese indirekte Behandlung im BGB lasse auch das Innenverhältnis der dinglichen Rechte ohne verallgemeinernde Behandlung. Rechtsdogmatisch könne nur allgemein geregelt werden, dass das allgemeine oder besondere Schuldrecht analog anzuwenden ist.

Darüber hinaus habe er den Vorschlag gemacht, statt einer Trennung von Schuld- und Sachenrecht eine Integration von Schuld- und Sachenrecht in einer Kodifikation zu ermöglichen. Dies sei der wesentliche Unterschied von seinem Großen Zivilgesetzbuch zu dem bestehenden Kodifikationsmodell. Wenn man vom Vermögens- oder Güterverhältnis spricht, passten diese Vermögensverhältnisse nach seinem Modell besser zu dem Transaktionsbedarf und dem Bedürfnis der staatlichen Verwaltung von Wirt-

schaftsverhältnissen. Als Defizit des deutschen Kodifikationsmodells benannte er, dass durch die Trennung von Schuld- und Sachenrechten der Rechtsanwender praktisch zu einer Analoganwendung der allgemeinen Regelungen im Sachenrecht auf schuldrechtliche Verträge mit dinglichen Elementen gezwungen werde. Er sieht es als schwierig im Hinblick auf eine dispositive Typisierung von schuldrechtlichen Verhältnissen zu rechtfertigen an, dingliche Rechte zwanghaft einzuschränken.

Schließlich stelle der *numerus clausus* dinglicher Rechte die wichtigste Einschränkung der Vertragsfreiheit im Rahmen der Privatrechtsautonomie dar. Die Beweislast dafür, dass die restriktiven Rechtsvorschriften verhältnismäßig sind (vertretbarer Zweck, Zweckmäßigkeit, minimaler Schaden und vergleichbarer Gewinn und Verlust), liege beim Gesetzgeber, der die Beschränkung einführt, und nicht beim Befürworter einer übermäßigen Beschränkung. Die Verteidigung dieses Grundsatzes habe bisher auf der Befürchtung basiert, dass die Art und der Inhalt der Sachenrechte diese und jene Transaktionsrisiken schaffen können, aber im Wirtschaftsleben sei es vor allem der Schuldvertrag, der Risiken schafft, sogar soziale Risiken, wie die Hypothekenforderungen, die die Finanzkrise verursacht haben. Folglich gebe es bereits ohne eine Öffnung des *numerus clausus*-Prinzips genügend Risikoquellen, die der Staat zumindest im Nachhinein durch Regulierungsmethode in den Griff nehmen könne. Prof. Su stellte fest, dass die wirtschaftliche Analyse von den Transaktionskosten ausgeht, und die meisten der wahrgenommenen erhöhten Transaktionskosten internalisierender Natur sind. Die von Mirrell und Smith vorgeschlagene Kostenanalyse sei vernünftig, lasse aber die Tatsache außer Acht, dass die moderne Informations- und Kommunikationstechnologie die Kosten für die Aufbewahrung, Übermittlung und Überprüfung von Informationen drastisch gesenkt hat, sodass die Zahl der dinglichen Rechte auf ein sehr hohes Niveau angehoben werden könne. Selbst wenn man die Verfassung beiseitelasse, sei für ihn der *numerus clausus* kein passendes Prinzip des Zivilrechts. In Taiwan werde ein Recht über ein dingliches Recht, insbesondere über ein Grundstücksrecht, häufig mit einem schuldrechtlichen Verhältnis verbunden, weil es kein geeignetes dingliches Modell gebe. Dadurch entstünden auch Transaktionskosten.

Letztendlich habe das Verfassungsgericht in Taiwan die Vertragsfreiheit als ein ungenanntes Grundrecht anerkannt, was bedeute, dass diese durch den *numerus clausus* verursachte Einschränkung in die Privatautonomie verhältnismäßig sein müsse. Prof. Su meint, es genüge dann nicht für die Befürworter dieses hergebrachten Grundsatzes zu behaupten, dass die Gegner stärkere Gründe bringen müssen, um diesen Grundsatz abzuschaffen. Es sollte vielmehr umgekehrt gelten: *in dubio pro* Vertragsfreiheit. Nach seiner Beobachtung der Debatte unter den festlandchinesischen Kollegen über dieses Thema, insbesondere aus der Perspektive der ökonomischen Analyse von Transaktionskosten, sei auch bis jetzt noch kein klares Resultat sichtbar. Er stößt an, dass der Gesetzgeber möglicherweise mehr Beweislast tragen sollte. Für ihn ist es aber klar, dass wesentlich geringere Kosten aufgrund der Vertragsfreiheit auch für dingliche Transaktionen bestünden.

Aus Prof. Kerns Sicht wirkt es etwas einseitig, wenn man die Vertragsfreiheit oder Privatautonomie verabsolutiert und dann in einer verfassungsrechtlichen Denkweise nach Rechtfertigungen fragt. In dieser verfassungsrechtlichen Denkweise müsse man zunächst einmal feststellen, dass es sich um einen Eingriff handelt, der tatsächlich fühlbar ist. Ihm sei jedoch bislang noch kein relevanter Fall begegnet, in dem der *numerus clausus* Nachteile bietet, vorausgesetzt, man handhabt ihn vernünftig und lässt die schuldrechtliche Anbindung zu. Wenn man davon ausgehe, dass die vorhandenen dinglichen Rechte den wirtschaftlichen Bedürfnissen genügen, dann gebe es gar keine Notwendigkeit, nach einer Rechtfertigung für eine Einschränkung zu fragen, die als Einschränkung gar nicht gefühlt wird. Ihm sei noch kein Fall bekannt, in dem der *numerus clausus* einer wirtschaftlich sinnvollen Gestaltung entgegenstand. Er sehe im Gegenteil, dass durch die schuldrechtliche Vinkulierung in sich feststehender sachenrechtlicher Bausteine inter partes das Gewollte immer erreicht werden könne, wobei der Schutz gegenüber Dritten durch die inter partes getroffene Vereinbarung nicht berührt wird. Niemand hindere Parteien daran, eine inter partes getroffene Vereinbarung auch weiterzugeben. Dies geschehe jedoch dann im Wege eines Aushandlungsprozesses mit dem Rechtsnachfolger. Dieser Aushandlungsprozess sei Freiheitsschutz für die Rechtsnachfolger, so dass im Prinzip dasselbe Argument, mit dem Prof. Su den *numerus clausus* als Einschränkung der Privatautonomie verstehe, auch als Argument für den *numerus clausus* angeführt werden könne. Was Prof. Kern als Argument noch weniger überzeugt, ist der Hinweis, dass es im Schuldrecht noch viel größere Risiken gibt. Denn wenn es im Schuldrecht „schlimm" sei, heiße dies nicht, dass man es auch im Sachenrecht „schlimmer" machen könne. Eine Überlegung könne jedoch sein, ob man die Güter, die man in bestimmten Formen überträgt, bedarfsgerecht ausdehnt. Dabei verwies er auf das Beispiel der Bucheffekte von Prof. Wiegand. In diesem Fall sei jedoch auch der Gesetzgeber tätig geworden und es hätten nicht Privatparteien die Bucheffekte mit erga omnes Wirkung in der Schweiz geschaffen. Er versteht die Faszination der Akademiker mit einem monistisch gedachten, auf einen großen positiven Grundgedanken, nämlich der Freiheit, zurückgeführten System, nur wisse man eigentlich schon sehr lange, dass Freiheit und Bindung Hand in Hand gehen und dass auch die Form als Zwillingsschwester der Freiheit ihre Berechtigung habe, und „Form" dürfe dabei nicht nur im technischen Sinne verstanden werden.

Prof. Koziol fügte abschließend hinzu, dass man im österreichischen Recht etwas elastischer sei. Statt einer bestimmen Zahl an dinglichen Rechten würde umgekehrt herausgearbeitet, welche Voraussetzungen ein Recht erfüllen muss, um als dinglich anerkannt zu werden. Die strikte Trennung zwischen den einem *numerus clausus* unterliegenden dingliche Rechten und Schuldrechten führe hingegen dazu, dass man Zwischenstufen nicht erkennen kann. Als Gegenbeispiel nannte er die Mietrechte im österreichischen Recht, die zum Teil eine Sukzessionswirkung entfalten, wenn sie die dinglichen Publizitätsvoraussetzungen erfüllen.

Verzeichnis der Autoren und Übersetzer

Yuanshi Bu, Dr., LL.M. (Harvard), Professorin für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Feng Jieyu, Dr. Associate Professor an der Nanjing Universität.

André Janssen, Dr., ordentlicher Professor für (Europäisches) Privatrecht an der Radboud Universität Nimwegen, Niederlande.

Peter Jung, Dr., Maître en droit, Professor für Privatrecht an der Universität Basel.

Christoph A. Kern, Dr., LL.M. (Harvard), Professor für Bürgerliches Recht und Prozessrecht, Ko-Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Helmut Koziol, Dr. DDr. h.c., Professor i.R. des Instituts für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Universität Wien.

Anne Sophie Ortmanns, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Maja Ruhl, Doktorandin am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Rolf Stürner, Dr. Dres. h.c., Professor emeritus am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe a. D.

Su Yeong-Chin, Dr., Professor der Chengchi-Nationaluniversität Taipei, Verfassungsrichter a. D.

Wolfgang Wiegand, Dr., Professor em. für Privatrecht, Privatrechtsgeschichte, Bank- und Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Xie Gen, Dr., Professor an der Universität Nanjing.

Xue Jun, Dr., Professor an der Universität Peking.

Keizo Yamamoto, Dr., Professor an der Universität Kyoto.

Ye Jinqiang, Dr., Professor und Dekan der Nanjing University Law School.

Zhu Qingyu, Dr., Professor an der Universität Nanjing, Direktor des Zentrums für Kommentarkultur der Universität Nanjing.